

5:00 AM

COALITION

АНАЛІТИЧНИЙ ЗВІТ

Насильницькі зникнення: національна практика v. міжнародні стандарти

Основний авторський колектив

Аліна Павлюк, адвокат, аналітик Ukrainian Legal Advisory Group

Євгенія Капалкіна, адвокат Ukrainian Legal Advisory Group

Наталія Охотнікова, радниця з прав людини ГО «Центр інформація про права людини»

Любов Смачило, аналітик ГО «Медійна ініціатива за права людини»



Kingdom of the Netherlands

5:00 AM

COALITION

Аналітичний звіт підготовлено авторами, що входять до організацій-учасниць Коаліції «Україна. П'ята ранку» в рамках проєкту «Об'єднані на шляху до правосуддя: документування тяжких міжнародних злочинів під час російської збройної агресії в Україні», що реалізується Регіональним центром прав людини за фінансової підтримки Міністерства закордонних справ Королівства Нідерланди.

Зміст документу є виключною відповідальністю авторів та не відображає позицію Міністерства закордонних справ Королівства Нідерланди.

З усіх додаткових питань щодо інформації, висвітленої в аналітичному звіті, ви можете звернутися до коаліції «Україна. П'ята ранку»:



ukraine5am.coalition@gmail.com



<https://www.facebook.com/Ukraine.5am>



<https://www.5am.in.ua>



<https://mobile.twitter.com/ukraine5am>

Зміст

Перелік умовних скорочень	4
Вступ	5
Методологія дослідження	7
1. Правовий статус постраждалих від насильницьких зникнень	8
1.1. міжнародні стандарти	8
1.2. регулювання за національним законодавством України	11
2. Кваліфікація фактів насильницьких зникнень	14
2.1. міжнародні стандарти	14
2.2. кваліфікація за законодавством України	17
3. Умови притягнення до кримінальної відповідальності	25
3.1. роль та завдання органів слідства	25
3.2. фіксація порушень	26
3.3. строки давності	28
3.4. виклики для збору доказів	31
3.5. розгляд справ in absentia	33
3.6. відповідальність керівництва та співучасть у вчиненні злочину	35
3.7. обставини, що пом'якшують покарання	38
3.8. обставини, що обтяжують покарання	39
3.9. співпраця з іншими країнами	41
4. Ефективність гарантій для постраждалих від насильницьких зникнень	44
4.1. відповідальні органи та координація між ними	44
4.2. запровадження Єдиного реєстру зниклих безвісти за особливих обставин	47
4.3. відшкодування шкоди у кримінальному провадженні	48
4.4. інші компенсаційні механізми	50
5. Очікування постраждалих від процесів правосуддя	52
Висновки та рекомендації	56

Перелік умовних скорочень

БВПД	Безоплатна вторинна правова допомога
ЄРДР	Єдиний реєстр досудових розслідувань
ЄСПЛ (анг. <i>ECtHR</i>)	Європейський Суд з прав людини (анг. <i>the European Court of Human Rights</i>)
КК України	Кримінальний кодекс України
Конвенція	Міжнародна конвенція про захист усіх осіб від насильницьких зникнень
КПК України	Кримінальний процесуальний кодекс України
МАСПЛ (анг. <i>IACtHR</i>)	Міжамериканський суд з прав людини (анг. <i>the Inter-American Court of Human Rights</i>)
МВС України	Міністерство внутрішніх справ України
МГП	Міжнародне гуманітарне право
МКП	Міжнародне кримінальне право
МКС	Міжнародний кримінальний суд
МКЧХ	Міжнародний комітет Червоного Хреста
НІБ	Національне інформаційне бюро
НПУ	Національна поліція України
НУО	Неурядова організація
ОГП	Офіс Генерального прокурора
ООН	Організація Об'єднаних Націй
ПАРЄ	Парламентська асамблея Ради Європи
Реєстр	Єдиний реєстр осіб, зниклих безвісти за особливих обставин
РФ	Російська Федерація
СБУ	Служба безпеки України
ССГ	Спільна слідча група
США	Сполучені Штати Америки
УВКПЛ ООН	Управління верховного комісара ООН з прав людини
Уповноважений ВРУ з прав людини	Уповноважений Верховної Ради України з прав людини

Вступ

Проблема насильницьких зникнень набула нового значення для України через умови триваючого збройного конфлікту на її території. Починаючи з 2014 року, з окупації Кримського півострова та збройного протистояння у межах окремих районів у Донецькій та Луганській областях, правоохоронні органи України фіксували випадки зникнень та затримань осіб на території, яка перебувала під контролем РФ. Такі ж випадки продовжують документувати і після повномасштабного вторгнення РФ на територію України. Фактично будь-хто може стати постраждалим від насильницьких зникнень в умовах збройного конфлікту. Однак на окупованих територіях вищому ризику піддаються особи, які мають активну громадянську чи проукраїнську позицію, мають досвід перебування на військовій службі чи участі в антитерористичній операції на сході України, працюють в органах місцевого самоврядування чи правоохоронних органах або ж просто говорять українською мовою¹.

Водночас переслідування осіб, які співпрацюють з органами окупаційної влади на підконтрольних РФ територіях, представників незаконних збройних формувань самопроголошених “Донецької народної республіки” та “Луганської народної республіки”, а також запровадження після 24 лютого 2022 року кримінальної відповідальності за колабораційну діяльність створили ризик того, що насильницькі зникнення можуть вчинятись і зі сторони українських органів влади. Зокрема, після проголошення антитерористичної операції на території України у 2014 році, було прийнято низку нормативно-правових актів, які регламентували додаткові вимоги щодо превентивного затримання осіб, пов’язаних із вчиненням протиправних діянь².

Попри вимоги міжнародного права, на рівні законодавства України та правозастосовчої практики використовували різні підходи не тільки щодо гарантій захисту права на свободу та особисту недоторканість осіб, а й розслідування його порушень. У практиці розслідувань таких фактів в умовах збройного конфлікту після 2014 року траплялися різні правові кваліфікації насильницьких зникнень: і як загальнокримінальні злочини, і як порушення законів та звичаїв війни. І хоч збройний конфлікт триває вже десять років, органи правосуддя не сформували узагальнені та об’єктивні підходи до дослідження цих фактів. Незважаючи на запит суспільства на правосуддя щодо всіх вчинених порушень, пріоритети органів розслідування сфокусовані на дослідженні випадків, вчинених представниками РФ та її агентами, а інші факти порушень взагалі залишаються поза увагою.

Натомість Україна за ці десять років зробила важливий крок назустріч міжнародним стандартам у сфері протидії насильницьким зникненням. 17 червня 2015 року Верховна Рада України ратифікувала Міжнародну конвенцію про захист усіх

1 Насильницькі зникнення та свавільні затримання активних громадян в ході повномасштабної російської збройної агресії проти України (лютий 2022 — червень 2023) / Н. Охотнікова, О. Гнатюк, Б. Петруньок; ред. О. Синюк // Центр прав людини ZMINA, 2023.: <http://surl.li/rtnv>

2 Закон України “Про внесення змін до Закону України “Про боротьбу з тероризмом” щодо превентивного затримання у районі проведення антитерористичної операції осіб, причетних до терористичної діяльності, на строк понад 72 години” // Верховна Рада України, № 1630-VII від 12.08.2014: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1630-18#Text>. Інструкція про порядок превентивного затримання у районі проведення антитерористичної операції осіб, причетних до терористичної діяльності, та особливого режиму досудового розслідування в умовах воєнного, надзвичайного стану або у районі проведення антитерористичної операції // Наказ Міністерства внутрішніх справ України, Генеральної прокуратури України, Служби безпеки України // Верховна Рада України, № 1038/25815 від 27.08.2014: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1038-14#Text>.

осіб від насильницьких зникнень 2006 року³. Конвенція є міжнародним документом Організації Об'єднаних Націй у сфері захисту прав людини, прийнята резолюцією Генеральної Асамблеї ООН 20 грудня 2006 року No. A/RES/61/177 і набула чинності 23 грудня 2010 року⁴. Її підписанню передувала Декларація про захист усіх осіб від насильницьких зникнень, прийнята резолюцією Генеральної Асамблеї ООН No. 47/133 від 18 грудня 1992 року⁵, яку застосовують досі. Норми Декларації стали сукупністю принципів для всіх держав щодо заборони насильницьких зникнень, визначених у міжнародному праві прав людини та міжнародному звичаєвому праві, та присудження відшкодування постраждалим від таких актів.

Згідно з Конвенцією насильницьке зникнення має місце, коли людину заарештовують, затримують, викрадають проти її волі або іншим чином позбавляють волі представники держави чи особи або групи осіб, діям яких певним чином потурає держава. Таке позбавлення волі супроводжується відмовою визнати факт позбавлення волі відповідної особи або приховуванням даних про долю чи місцезнаходження зниклої особи.⁶ Внаслідок такої поведінки зникла особа опиняється поза захистом закону, що унеможлиблює її звернення до засобів правового захисту та гарантій і ставить її в ситуацію повної беззахисності. Це, своєю чергою, робить її вразливою до інших порушень прав людини, таких як катування, сексуальне насильство або навіть вбивство.

Метою цього аналізу є дослідження спроможності України забезпечити дотримання стандартів міжнародного права для захисту постраждалих від насильницьких зникнень. Для загальної рамки аналізу використано принципи та положення, визначені Міжнародною конвенцією про захист усіх осіб від насильницьких зникнень, міжнародним правом прав людини, міжнародним гуманітарним правом та міжнародним кримінальним правом.

З ратифікацією Конвенції Україна визнала юрисдикцію Комітету ООН з насильницьких зникнень. Враховуючи це, результати дослідження будуть передані до Комітету у порядку статті 31 Конвенції для подальшого опрацювання та врахування у межах звітування України про імплементацію положень договору.

Відповідно до сформованої мети, завданнями дослідження є:

- визначити розуміння категорії постраждалих від насильницьких зникнень, яке запропоновано на рівні національного законодавства України, та порівняти з відповідними положеннями міжнародного права;
- проаналізувати дані, які стосуються процесу розслідування фактів насильницьких зникнень правоохоронними органами України та їхньої ефективності відповідно до вимог міжнародного права;

3 Закон України "Про приєднання України до Міжнародної конвенції про захист усіх осіб від насильницьких зникнень" // Верховна Рада України, № 525-VIII від 17.06.2015: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/525-19#n2>. Список країн, які приєдналися до Конвенції про захист усіх осіб від насильницьких зникнень: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/TreatyBodyExternal/Treaty.aspx?CountryID=183&Lang=EN.

4 Міжнародна конвенція про захист усіх осіб від насильницьких зникнень // Верховна Рада України, Конвенція, Міжнародний документ від 20.12.2006: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_154#Text; (сайт ООН: <http://surl.li/rtnxp>).

5 Резолюція 47/133 Генеральної Асамблеї ООН від 18 грудня 1992 року "Декларація про захист усіх осіб від насильницького зникнення" // Верховна Рада України, Міжнародний документ: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_225#top; (сайт ООН: <https://undocs.org/Home/Mobile?FinalSymbol=A%2FRES%2F47%2F133&Language=E&DeviceType=Desktop&LangRequested=False>).

6 Стаття 2 / Міжнародна конвенція про захист усіх осіб від насильницьких зникнень // Верховна Рада України, Конвенція, Міжнародний документ від 20.12.2006: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_154#Text.

- проаналізувати виклики для правосуддя України, які впливають на ефективність дослідження фактів насильницьких зникнень, вчинених в умовах збройного конфлікту, та притягнення виконавців до кримінальної відповідальності;
- зробити огляд інших правових механізмів захисту прав постраждалих від насильницьких зникнень, вчинених в умовах збройного конфлікту на території України.

Дослідження проведено громадськими організаціями “Ukrainian Legal Advisory Group”⁷, “Медійна ініціатива за права людини”⁸, Центром прав людини ZMINA⁹ від імені коаліції громадських організацій “Україна. 5 ранку”¹⁰. Коаліція об’єднує зусилля 38 громадських організацій у сфері захисту жертв збройної агресії в Україні та притягнення до відповідальності вищого керівництва РФ і безпосередніх виконавців найтяжчих міжнародних злочинів.

Методологія дослідження

Для досягнення мети дослідження було проведено аналіз чинних положень законодавства України на відповідність до норм міжнародного права, спрямованих на захист постраждалих від насильницьких зникнень та визначення стандартів проведення розслідування таких фактів. Серед міжнародних норм було використано положення міжнародного права прав людини, міжнародного гуманітарного права та міжнародного кримінального права.

Окремим інструментом проведення дослідження є аналіз практики представництва та захисту інтересів постраждалих від насильницьких зникнень, вчинених в умовах збройного конфлікту на території України, у межах процесів правосуддя на національному рівні. Ukrainian Legal Advisory Group, Медійна ініціатива за права людини, Центр прав людини ZMINA мають досвід документування наслідків збройного конфлікту, які мали місце з 2014 року, взаємодії з органами державної влади для представлення виявлених проблемних питань на рівні законодавства та правозастосовчої практики, а також представництва потерпілих у межах кримінальних проваджень на національному рівні.

Крім того, у межах дослідження використано результати незалежного опитування суспільної думки, проведеного соціологічною групою Рейтинг. Аудиторія: населення України віком від 18 років і старші в усіх областях, крім тимчасово окупованих територій АР Крим, м. Севастополь, окремих районів Донецької та Луганської областей, а також територій, де на момент опитування відсутній український мобільний зв’язок. Результати були зважені з використанням актуальних даних Державної служби статистики України. Вибірка репрезентативна за віком, статтю і типом поселення. Вибіркова сукупність: 2000 респондентів. Метод опитування: CATI (Computer Assisted Telephone Interviews – телефонні інтерв’ю з використанням комп’ютера). Помилка репрезентативності дослідження з довірчою ймовірністю 0,95: не більш ніж 2,2%.

7 Ukrainian Legal Advisory Group: <https://ulag.org.ua/uk>.

8 Медійна ініціатива за права людини: <https://mipl.org.ua/>.

9 Центр прав людини ZMINA: <https://zmina.ua/>.

10 Коаліція громадських організацій “Україна. 5 ранку”: <https://www.5am.in.ua/>

1 Правовий статус постраждалих від насильницьких зникнень

1.1. Міжнародні стандарти

Норми міжнародного права визначають, що постраждалими від насильницьких зникнень є особи, які індивідуально чи колективно зазнали шкоди (включаючи фізичні чи психічні/психологічні травми, емоційні страждання, економічні втрати або суттєве порушення їхніх основних прав) діями чи бездіяльністю, що становлять грубі порушення міжнародного права прав людини або серйозні порушення міжнародного гуманітарного права. До постраждалих від насильницьких зникнень зараховують:

- зниклу особу;
- найближчих родичів або утриманців безпосередньої зниклої особи;
- осіб, які зазнали шкоди під час втручання з метою надання допомоги постраждалим у біді або запобігання віктимізації, та найближчих родичів таких осіб¹¹.

Крім того, перераховані особи повинні вважатися постраждалими незалежно від того, чи було встановлено, затримано, притягнуто до кримінальної відповідальності або засуджено особу, яка вчинила правопорушення, а також незалежно від родинних зв'язків між особою, яка вчинила порушення, і постраждалою особою¹².

Гарантії таким особам, відповідно до міжнародних стандартів, є невід'ємною частиною права на ефективний засіб правового захисту від грубих порушень міжнародного права прав людини та серйозних порушень міжнародного права. До таких правових засобів належать: рівний та ефективний доступ до правосуддя; адекватне, ефективне та швидке відшкодування завданої шкоди; доступ до інформації щодо порушень та механізмів відшкодування¹³.

11 Принцип V, параграф 8 / Резолюція 60/147 Генеральної Асамблеї ООН від 15 грудня 2005 "Основні принципи та керівні принципи щодо права на захист і відшкодування для жертв грубих порушень міжнародного права прав людини та серйозних порушень міжнародного гуманітарного права" // ООН: <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/basic-principles-and-guidelines-right-remedy-and-reparation>.

12 Принцип V, параграф 9 / Резолюція 60/147 Генеральної Асамблеї ООН від 15 грудня 2005 "Основні принципи та керівні принципи щодо права на захист і відшкодування для жертв грубих порушень міжнародного права прав людини та серйозних порушень міжнародного гуманітарного права" // ООН: <http://surl.li/duttr>.

13 Резолюція 60/147 Генеральної Асамблеї ООН від 15 грудня 2005 "Основні принципи та керівні принципи щодо права на захист і відшкодування для жертв грубих порушень міжнародного права прав людини та серйозних порушень міжнародного гуманітарного права" // ООН: <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/basic-principles-and-guidelines-right-remedy-and-reparation>.

Крім того, Конвенція гарантує постраждалим від насильницьких зникнень право:

- знати правду про обставини насильницького зникнення, про хід та результати розслідування справи та про долю зниклої особи;
- на проведення розшуку, встановлення місцезнаходження та звільнення зниклих осіб, а у разі смерті – встановлення місцезнаходження, забезпечення по ваги та повернення їхніх останків;
- на отримання швидкого, справедливого та адекватного відшкодування завданої постраждалому шкоди та компенсації, що включає відшкодування матеріальної та моральної шкоди, а також, у відповідних випадках, такі форми відшкодування, як: реституція; реабілітація; сатисфакція, зокрема відновлення честі й доброго імені; гарантія неповторення;
- встановлення правового статусу для постраждалих від насильницьких зникнень та їх правовий захист, зокрема в таких галузях, як соціальний захист, фінансова підтримка, сімейне право та право власності¹⁴.

Міжнародне право покладає обов'язок на держави розслідувати та встановити долю і місцезнаходження зниклої особи; розшукувати та повертати тіла зниклих осіб з метою забезпечення ефективного розслідування (останки зниклої особи є доказом того, що сталося, і надають детальну інформацію про поведження зі зниклою особою, її долю та можливих відповідальних осіб чи інституції); реалізувати гарантії найближчих родичів зниклої особи знати, де знаходяться останки їхніх близьких, аби вони змогли поховати (переховати) останки та/або завершити траурний процес відповідно до їхніх переконань¹⁵.

Міжнародне право зобов'язує держави передбачити ефективні механізми, що гарантують індивідуальний та колективний виміри права на встановлення істини, через інформування як постраждалих від насильницьких зникнень, так і суспільства про те, що сталося. Під правом на засіб правового захисту в міжнародному праві розуміють право на швидкий та ефективний засіб судового захисту як засобу встановлення місцезнаходження або стану здоров'я осіб, позбавлених волі; так само як і право на безперешкодний доступ національних компетентних органів до усіх місць утримання під вартою; складання централізованих списків усіх осіб, що утримуються під вартою; обов'язок проводити повне розслідування всіх передбачуваних випадків зникнення; обов'язок розглядати справи осіб, які, ймовірно, відповідальні за скоєння актів насильницького зникнення у звичайних судах, а не в спеціальних трибуналах, зокрема військових судах. Повинен забезпечуватися захист усіх осіб, причетних до розслідування випадків насильницького зникнення, від будь-яких видів поганого поведження, залякування або помсти. Термін давності щодо актів насильницького зникнення має бути тривалим і співмірним з особливо тяжким характером цього злочину. На осіб, винних у його здійсненні, не поширюються які-небудь особливі закони про амністію, а також інші аналогічні заходи, які могли б вести до їх безкарності. Передбачено також, що постраждалі від насильницьких зникнень повинні отримувати

14 Стаття 24 / Міжнародна конвенція про захист усіх осіб від насильницьких зникнень // Верховна Рада України, Конвенція, Міжнародний документ від 20.12.2006: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_154#Text

15 Gelman v. Uruguay (Fondo y reparaciones) // IACtHR, Judgment of 24 February 2011, para. 258: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_ing.pdf. Neira Alegria y others v. Perú (Reparations and Costs) // IACtHR, Judgment, 19 September 1996, Serie C No. 29, para. 69: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_29_ing.pdf. Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña v. Bolivia (Reparations and Costs) // IACtHR, Judgment, 1 September 2010, para. 214: <https://summa.cejil.org/es/entity/apb77go8ml56zuxr>. Gomes Lund and others (Guerrilha do Araguaia) v. Brazil // IACtHR, Judgment, 24 November 2010, para. 261: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_ing.pdf.

ти відшкодування і мають право на відповідну компенсацію, включаючи засоби, що забезпечують їм максимально можливу реабілітацію¹⁶.

Зокрема, практика ЄСПЛ у частині розуміння “засобу правового захисту” передбачає вимогу, що такі заходи мають дозволяти компетентним органам як розглядати відповідні скарги про порушення прав людини, так і надати відповідну допомогу¹⁷. Засіб є ефективним, тільки якщо він доступний і достатній. Він має бути достатнім не лише в теорії, а й на практиці¹⁸, повинен бути ефективним на практиці, й по закону¹⁹ з урахуванням індивідуальних обставин справи. Проте його ефективність не залежить від впевненості в успішному результаті для заявника²⁰.

Стаття 13 Конвенції не вимагає особливої форми правового захисту: держави мають певну свободу вибору в тому, як виконати своє зобов'язання, але характер права, що знаходиться під загрозою, має значення для типу засобу, який держава зобов'язана забезпечити.²¹ Навіть якщо одні засоби самі по собі не повною мірою відповідають вимогам статті 13, сукупність засобів, передбачених внутрішнім законодавством, може задовольнити ці вимоги²². Оцінюючи ефективність, необхідно враховувати не тільки формальні засоби правового захисту, а й загальний правовий і політичний контекст, у якому вони діють, а також особисті обставини заявника²³.

До таких заходів можуть належати позасудові процеси, що доповнюють роль судової влади, а також створення комісії правди або іншої слідчої комісії для встановлення фактів, пов'язаних із цими порушеннями, з метою встановлення істини та запобігання зникненню доказів²⁴. Держави повинні вжити заходів для того, щоб інформація про порушення прав людини була загальнодоступною.

Стандарти міжнародного права передбачають, що постраждалі від насильницьких зникнень повинні бути поінформовані про хід та результати розслідування, а

16 Резолюція 47/133 Генеральної Асамблеї ООН від 18 грудня 1992 року "Декларація про захист усіх осіб від насильницького зникнення" // Верховна Рада України, Міжнародний документ: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_225#top ; (сайт ООН: <https://undocs.org/Home/Mobile?FinalSymbol=A%2FRES%2F47%2F133&Language=E&DeviceType=Desktop&LangRequested=False>).

17 М.С.С. проти Бельгії та Греції (M.S.S. v. Belgium and Greece) // ЄСПЛ, заява № 30696/09, рішення від 21 січня 2011 року, пункт 288: <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-103050>. Гелфорд проти Великобританії (Halford v. the United Kingdom) // ЄСПЛ, заява № 20605/92, рішення від 25 червня 1997 року, пункт 64: <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-58039>.

18 Макфарлейн проти Ірландії (McFarlane v. Ireland) // ЄСПЛ, заява № 31333/06, рішення від 10 вересня 2010 року, пункт 114: <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-100413>. Ріккарді Піццаті проти Італії (Riccardi Pizzati v. Italy) // ЄСПЛ, заява № 62361/00, рішення Великої Палати від 29 березня 2006 року, пункт 38: <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-67442>.

19 Ель-Масрі проти Колишньої Югославської Республіки Македонія (El-Masri v. «the former Yugoslav Republic of Macedonia») // ЄСПЛ, заява № 39630/09, рішення від 13 грудня 2012 року, пункт 255: <https://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-115621>. Кудла проти Польщі (Kudła v. Poland) // ЄСПЛ, заява № 30210/96, рішення від 26 жовтня 2000 року, пункт 152: <https://hudoc.echr.coe.int/fre/?i=001-58920>.

20 Кудла проти Польщі (Kudła v. Poland) // ЄСПЛ, заява № 30210/96, рішення від 26 жовтня 2000 року, пункт 157: <https://hudoc.echr.coe.int/fre/?i=001-58920>.

21 Будаєва та інші проти Росії (Budayeva and Others v. Russia) // ЄСПЛ, заява № 15339/02 і т.д., рішення від 20 березня 2008 року, пункти 190-191: <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-85436>.

22 Де Соуза Рібейро проти Франції (de Souza Ribeiro v. France) // ЄСПЛ, заява № 22689/07, рішення від 13 грудня 2012 пункт 79: <https://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-115498> ; Кудла проти Польщі (Kudła v. Poland) // ЄСПЛ, заява № 30210/96, рішення від 26 жовтня 2000 року, пункт 157: <https://hudoc.echr.coe.int/fre/?i=001-58920>.

23 Джорджевич проти Хорватії (Đorđević v. Croatia) // ЄСПЛ, заява №41526/10, рішення від 24 липня 2012 року, пункт 101: <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-112322>. Ван Остервійк проти Бельгії (Van Oosterwijck v. the Kingdom of Belgium) // ЄСПЛ, заява № 7654/76, рішення від 6 листопада 1980 року, пункти 36-40: <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-57549>.

24 Незалежне дослідження найкращих практик, включаючи рекомендації, для надання допомоги державам у зміцненні їхньої внутрішньої спроможності боротися з усіма аспектами безкарності / Професор Діана Оренліхер (Professor Diane Orentlicher) // ООН, Doc. E/CN.4/2004/88: https://ap.ohchr.org/documents/dpage_e.aspx?m=138.

також мати право на участь у розслідуванні та судовому процесі над усіма особами, відповідальними за скоєння злочину, включаючи право на представництво. Механізми для забезпечення цих прав постраждалих мають бути ефективними²⁵.

1.2. Регулювання за національним законодавством України

Попри те, що збройний конфлікт на території України триває десять років та зафіксовано велику кількість насильницьких зникнень, на рівні законодавства до цього часу є багато неврегульованих питань щодо захисту постраждалих від таких злочинів. Навіть після ратифікації Конвенції на національному рівні не було передбачено механізмів реалізації гарантованих прав постраждалих осіб. Зокрема, в частині правового статусу жертв насильницьких зникнень – створення ефективних механізмів відшкодування матеріальної та моральної шкоди, належних способів встановлення істини та ефективну реалізацію правового захисту.

На зараз різні галузі права передбачають на національному рівні окремі статуси, які можуть надаватись для цієї категорії осіб. У кримінальному законодавстві положення статті 146-1 КК України не мають прямого визначення постраждалого від цього злочину. Відповідно до цієї статті, постраждалою може бути визнана особа, стосовно якої були вчинені *“арешт, затримання, викрадення або позбавлення волі в будь-якій іншій формі представником держави, в тому числі іноземної, з подальшою відмовою визнати факт такого арешту, затримання, викрадення або позбавлення волі людини в будь-якій іншій формі або приховуванням даних про долю такої людини чи місце перебування”*. Однак стаття не визначає, що постраждалими можуть бути також члени сім’ї зниклої особи та особи, які зазнали шкоди під час втручання з метою надання допомоги зниклим особам або запобігання віктимізації, та найближчі родичі таких осіб²⁶.

Стаття 55 КПК України регулює порядок встановлення процесуального статусу потерпілого, який може мати:

- фізична особа, якій кримінальним правопорушенням завдано моральної, фізичної або майнової шкоди²⁷;
- одна особа з числа близьких родичів чи членів сім’ї (за відповідним клопотанням потерпілими можуть бути визнані кілька осіб) зниклої особи, якщо внаслідок кримінального правопорушення настала смерть такої особи або вона перебуває у стані, який унеможливорює подання нею відповідної заяви про визнання її потерпілою²⁸.

25 Міжнародна конвенція про захист усіх осіб від насильницьких зникнень // Верховна Рада України, Конвенція, Міжнародний документ від 20.12.2006: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_154#Text; Резолюція 47/133 Генеральної Асамблеї ООН від 18 грудня 1992 року “Декларація про захист усіх осіб від насильницького зникнення” // Верховна Рада України, Міжнародний документ: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_225#top.

26 Принцип V, параграф 8 / Резолюція 60/147 Генеральної Асамблеї ООН від 15 грудня 2005 “Основні принципи та керівні принципи щодо права на захист і відшкодування для жертв грубих порушень міжнародного права прав людини та серйозних порушень міжнародного гуманітарного права” // ООН: <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/basic-principles-and-guidelines-right-remedy-and-reparation>.

27 Частина 1 статті 55 / Кримінальний процесуальний кодекс України // Верховна Рада України, № 4651-VI, 13.04.2012: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17#n801>.

28 Частина 6 статті 55 / Кримінальний процесуальний кодекс України // Верховна Рада України, № 4651-VI, 13.04.2012: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17#n801>.

При цьому кримінальне процесуальне законодавство передбачає, що слідчий, прокурор, суд має право визнати особу потерпілою лише за її письмовою згодою. За відсутності такої згоди особа в разі необхідності може бути залучена до кримінального провадження як свідок²⁹.

Процесуальний статус потерпілого передбачає ряд прав у межах кримінального провадження, які здебільшого не надають йому провідної ролі під час процесу³⁰. Значення потерпілого з одного боку полягає у можливості бути джерелом інформації, необхідної для ходу процесу, а з іншого – у можливості мати вплив на ефективність роботи сторони обвинувачення. Водночас, як показує практика дослідження наслідків збройного конфлікту на території України, залучення до кримінальних проваджень представників потерпілих може дозволити стороні отримати ефективний захист її інтересів у межах процесу.

На рівні соціально-правового регулювання законодавство України намагається визначити додатковий статус для постраждалих від насильницьких зникнень. Так, в Україні наразі передбачені такі статуси для цієї категорії осіб:

- особа, позбавлена свободи внаслідок збройної агресії РФ проти України³¹;
- члени сімей осіб, позбавлених свободи внаслідок збройної агресії РФ проти України³²;
- особа, зникла безвісті за особливих обставин³³;
- заручник³⁴;
- політичний в'язень кремля³⁵.

Втім, несистемний підхід, який пропонують нормативні акти з їх правового регулювання, призводить до того, що категорія постраждалих від насильницьких зникнень залишається нерегульованою в повній мірі. Такий підхід обмежує можливі правові гарантії їх захисту, які передбачені міжнародним правом прав людини та міжнародним гуманітарним правом. Коло цієї категорії осіб за національним правом України є вузким, ніж за міжнародним правом. З переліку постраждалих виключені особи, які зазнали шкоди під час втручання з метою надання допомоги зниклим осо-

29 Частина 7 статті 55 / Кримінальний процесуальний кодекс України // Верховна Рада України, № 4651-VI, 13.04.2012: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17#n801>.

30 Стаття 56 / Кримінальний процесуальний кодекс України // Верховна Рада України, № 4651-VI, 13.04.2012: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17#n801>.

31 Стаття 2 / Закон України “Про соціальний і правовий захист осіб, стосовно яких встановлено факт позбавлення особистої свободи внаслідок збройної агресії проти України, та членів їхніх сімей” // Верховна Рада України, № 2010-IX, 26.01.2022: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2010-20#Text>.

32 Частина 3 статті 2 / Закон України “Про соціальний і правовий захист осіб, стосовно яких встановлено факт позбавлення особистої свободи внаслідок збройної агресії проти України, та членів їхніх сімей” // Верховна Рада України, № 2010-IX, 26.01.2022: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2010-20#Text>.

33 Стаття 1 / Закон України “Про правовий статус осіб, зниклих безвісті за особливих обставин” // Верховна Рада України, № 2505-VIII, 12.07.2018: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2505-19#top>.

34 Стаття 34 / Женевська конвенція (IV) про захист цивільного населення під час війни від 12.08.1949 // Верховна Рада України, Конвенція, Міжнародний документ від 12.08.1949 року: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_154#Text.

Статті 75(2)(с) / Додатковий Протокол I до Женевських конвенцій 12.08.1949 р., що стосується захисту жертв міжнародних збройних конфліктів (Протокол I) від 08.06.1977 // Верховна Рада України, Конвенція, Міжнародний документ від 08.06.1977: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_199#top.

Стаття 1 / Закон України “Про боротьбу з тероризмом” // Верховна Рада України, № 638-IV, 20.03.2003: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/638-15#Text>.

35 Резолюція № 1900 Парламентської Асамблеї Ради Європи (ПАРЄ) від 03.10.2012 “Дефініція політичного в'язня” // Парламентська Асамблея Ради Європи (ПАРЄ): <https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=19150&lang=en>.

бам, що знаходяться у біді, або запобігання віктимізації, та найближчі родичі таких осіб. Однак, якщо відносно таких осіб (під час надання ними допомоги зниклій особі чи її рідним або під час запобігання віктимізації) було вчинено кримінально каране діяння, його розслідування буде здійснюватися за відповідною статтею КК України.

Найбільш змістовним та адаптованим до умов конфлікту на цей час є Закон України “Про правовий статус осіб, зниклих безвісти”, який набув чинності 2 серпня 2018 року³⁶. Після повномасштабного вторгнення РФ на територію України назву закону змінили на Закон “Про правовий статус осіб, зниклих безвісти за особливих обставин”.

Усі редакції цього закону регулюють питання, пов’язані з набуттям правового статусу осіб, зниклих безвісти за особливих обставин (*серед яких збройний конфлікт, воєнні дії, тимчасова окупація частини території України, надзвичайні ситуації природного чи техногенного характеру*), з обліком, розшуком та соціальним захистом таких осіб і членів їхніх сімей. Поза увагою закону залишаються випадки насильницьких зникнень, скоєні агентами держави Україна, як в умовах збройного конфлікту (наприклад, щодо осіб, яких підозрювали у колабораційній діяльності або державній зраді), так і поза ним. Національне законодавство не пропонує універсальний підхід та загальні стандарти до всіх фактів, які можуть мати місце у межах юрисдикції України. Натомість акцент у правовому регулюванні зміщується на постраждалих від російської сторони. За такого підходу з часом постане завдання привести ці норми у відповідність до стандартів міжнародного права прав людини та міжнародного гуманітарного права.

Попри те, що вимоги Конвенції як міжнародного договору мають вищу юридичну силу у системі джерел українського права, для належної реалізації їх потрібно імплементувати до національних нормативно-правових актів. Проблеми, пов’язані з фактами насильницьких зникнень, набувають розголосу завдяки умовам збройного конфлікту, що триває на території України. Це вимагає створення належного підґрунтя для захисту постраждалих від цих діянь осіб на рівні з жертвами інших злочинів. Масштаби вчинених порушень на території України з 2014 року зумовлюють ситуацію, коли дослідження фактів окремих злочинів пріоритезується порівняно з іншими. Однак наслідком цього не може ставати обмеження прав певних категорій постраждалих осіб.

Статус постраждалих від насильницьких зникнень не повинен виходити тільки з контексту відповідальності РФ та її агентів за їхні дії на території України. Завданням національного законодавства є забезпечення універсальних та рівних гарантій для всіх постраждалих від таких діянь, незалежно від суб’єкта їх вчинення, а також для членів їхніх сімей.

Обсяг можливостей, які надає держава на рівні соціальних та правових гарантій, може бути обмеженим через загальний стан державної системи та обмеження державного бюджету. Це, своєю чергою, може впливати на законодавчі ініціативи та формування політичної волі для подальшої імплементации стандартів міжнародного права прав людини та міжнародного гуманітарного права у національне законодавство, а відтак і обмежувати можливості захисту для постраждалих осіб, незважаючи на високі очікування від держави.

36 Закон України “Про правовий статус осіб, зниклих безвісти” // Верховна Рада України, № 2505-VIII, 12.07.2018: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2505-19#Text>.

2

Кваліфікація фактів насильницьких зникнень

2.1. Міжнародні стандарти

Насильницькі зникнення у розрізі прав людини поєднують у собі сукупність гарантій, які порушуються цим діянням, серед яких:

- право на життя (особа може бути вбита або її доля може бути невідомою);
- право на безпеку та гідність особи;
- право на свободу від свавільного затримання;
- право не бути підданим катуванню або іншому жорстокому, нелюдському або такому, що принижує гідність, поводженню чи покаранню;
- право на гуманні умови тримання під вартою;
- право на правосуб'єктність;
- право на справедливий судовий розгляд;
- право на сімейне життя³⁷.

Норми Конвенції визначають насильницькі зникнення як кримінальний злочин, який має переслідуватись державами відповідно до норм міжнародного права³⁸. Крім того, Конвенція гарантує постраждалим від насильницьких зникнень право на доступ до правосуддя та повне й ефективне відшкодування завданої шкоди³⁹. Її положення наголошують, що жодна людина не може піддаватись таким діям навіть за виняткових обставин, таких як стан війни або загроза війни, внутрішня політична нестабільність або будь-який інший надзвичайний стан. В умовах збройного конфлікту насильницькі зникнення, крім правової рамки стандартів прав людини, розглядають крізь призму міжнародного гуманітарного права та міжнародного кримінального права.

37 Case of Osorio Rivera and Family v. Peru // IACtHR, Judgment of 26 November 2013., Series C No. 274, para. 169: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_274_ing.pdf. Case of Narciso González Medina and Family v. Dominican Republic // IACtHR, Judgment of 27 February 2012, Series C No. 240, para. 185: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_240_ing1.pdf. Case of Gómez Palomino v. Peru // IACtHR, Judgment of 22 November 2005, Series C No. 136, Para. 92: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_136_ing.pdf. Case of Velásquez Rodríguez v. Honduras // IACtHR, Judgment of 29 July 1988, Doc. Cit., para. 155: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf.

38 Стаття 4 / Міжнародна конвенція про захист усіх осіб від насильницьких зникнень // Верховна Рада України, Конвенція, Міжнародний документ від 20.12.2006: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_154#Text.

39 Статті 3 та 24 / Міжнародна конвенція про захист усіх осіб від насильницьких зникнень // Верховна Рада України, Конвенція, Міжнародний документ від 20.12.2006: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_154#Text.

Стандарти міжнародного права дозволяють оцінювати насильницькі зникнення як злочин із такими можливими кваліфікаціями:

1. грубе порушення прав людини – такий підхід у кваліфікації виходить із суті самого порушення та гарантій, на які вони посягають. Таку кваліфікацію можуть мати поодинокі акти, вчинені проти окремих осіб, які не вимагають застосування критерію системності. Характерними ознаками такого діяння є такі:

- має місце арешт, затримання, викрадення або будь-яка інша форма позбавлення волі;
- такі дії вчиняють представники держави або особи чи групи осіб з дозволу, за підтримки чи згоди держави;
- дії супроводжуються або відмовою визнати факт позбавлення волі, або приховуванням долі чи місцезнаходження зниклої особи;
- в результаті діяння зникла особа опиняється поза захистом закону;
- для кваліфікації не вимагається доводити, що виконавець мав спеціальний намір позбавити зниклу особу захисту закону⁴⁰.

2. порушення законів та звичаїв ведення війни – договори у сфері міжнародного гуманітарного права не використовують термін “насильницьке зникнення”. Однак такі діяння розглядають крізь призму норм та гарантій⁴¹, зокрема заборони свавільного позбавлення волі⁴², заборони тортур та інших видів жорстокого чи нелюдського поводження⁴³, заборони свавільного позбавлення життя⁴⁴. Крім того, в умовах міжнародних збройних конфліктів широкі вимоги висувають до реєстрації, відвідувань та передачі інформації щодо позбавлених волі, які спрямовані на запобігання насильницьким зникненням. В умовах неміжнародних збройних конфліктів сторони також повинні вживати заходів для запобігання зникненням, серед іншого шляхом реєстрації осіб, яких було позбавлено волі⁴⁵. Разом із цим, сторони збройного конфлікту повинні вжити всіх можливих заходів, щоб встановити дані про осіб, які вважаються зниклими безвісти внаслідок збройного конфлікту, і надавати членам сімей таких осіб інформацію про їхню долю⁴⁶. А всім особам, які зазнають впливу збройного конфлікту та перебувають під контролем його сторони, має бути гарантовано повагу до їхнього сімейного життя, що включає підтримання та збереження

40 ENFORCED DISAPPEARANCES: Q & A // Amnesty International: <http://surl.li/rtoog>.

41 Правило 98 Правил звичаєвого міжнародного гуманітарного права МКЧХ (“Насильницькі зникнення заборонені”) / International Humanitarian Law Databases // ICRC: <https://ihl-databases.icrc.org/en/customary-ihl/v1/rule98>.

42 Правило 99 Правил звичаєвого міжнародного гуманітарного права МКЧХ (“Забороняється свавільне позбавлення волі”) / International Humanitarian Law Databases // ICRC: <https://ihl-databases.icrc.org/en/customary-ihl/v1/rule99>.

43 Правило 90 Правил звичаєвого міжнародного гуманітарного права МКЧХ (“Забороняються тортури, жорстоке або нелюдське поводження та посягання на особисту гідність, зокрема таке, що принижує гідність”) / International Humanitarian Law Databases // ICRC: <https://ihl-databases.icrc.org/en/customary-ihl/v1/rule90>.

44 Правило 89 Правил звичаєвого міжнародного гуманітарного права МКЧХ (“Вбивство заборонено”) / International Humanitarian Law Databases // ICRC: <https://ihl-databases.icrc.org/en/customary-ihl/v1/rule89>.

45 Правило 123 Правил звичаєвого міжнародного гуманітарного права МКЧХ (“Особисті дані осіб, позбавлених волі, мають бути записані”) / International Humanitarian Law Databases // ICRC: <https://ihl-databases.icrc.org/en/customary-ihl/v1/rule123>.

46 Правило 117 Правил звичаєвого міжнародного гуманітарного права МКЧХ (“Кожна сторона конфлікту повинна вжити всіх можливих заходів для виявлення осіб, які вважаються зниклими безвісти внаслідок збройного конфлікту, і повинна надати членам їхніх сімей будь-яку інформацію про їхню долю, якою вона володіє”) / International Humanitarian Law Databases // ICRC: <https://ihl-databases.icrc.org/en/customary-ihl/v1/rule117>.

зв'язків між членами родини⁴⁷. Характерними ознаками такої правової кваліфікації є:

- зміст порушення закріплено у нормах МГП (наприклад, незаконне затримання цивільної особи та тримання її в заручниках);
- дії мали місце у контексті збройного конфлікту (міжнародного або неміжнародного) та були пов'язані з ним;
- постраждали мають захищений статус за МГП.

Зміст вказаних правил дозволяє говорити про те, що насильницькі зникнення заборонені в умовах збройного конфлікту. Поряд із нормами міжнародного гуманітарного права під час війни продовжують діяти гарантії прав людини, які підкріплюють та доповнюють ці правила й тлумачаться відповідно до них⁴⁸. Незважаючи на це, Женевські конвенції про захист жертв війни від 12.08.1949 року та додаткові протоколи до них не визначають насильницькі зникнення як окремий воєнний злочин, так само як і положення Римського статуту Міжнародного кримінального суду. Водночас під поняття воєнних злочинів підпадає низка серйозних порушень міжнародного гуманітарного права, як насилля над життям та особистістю, захоплення заручників, незаконна депортація/примусове переміщення цивільного населення тощо⁴⁹.

3. злочин проти людяності – оцінюючи широкомасштабну або систематичну практику насильницьких зникнень, Конвенція зазначає, що такі діяння слід кваліфікувати як злочини проти людяності⁵⁰. Як форму вчинення такого злочину Римський статут МКС серед переліку діянь визначає і насильницькі зникнення⁵¹. Характерними ознаками такої правової кваліфікації є:

- вчинені дії є частиною широкомасштабного або систематичного нападу;
- постраждалими є цивільні особи;
- виконавець мав усвідомлювати, що вчиняє діяння у межах широкомасштабного чи систематичного нападу, або мав намір зробити таку поведінку частиною нападу;
- діянням є арешт, затримання або викрадення однієї чи більше осіб, або ж виконавець відмовляється визнати такий факт або надати інформацію про долю чи місцезнаходження такої особи або осіб;
- виконавець є представником держави або політичної організації, чи діє з їхнього дозволу, підтримки або мовчазної згоди.

47 Правило 105 Правил звичаєвого міжнародного гуманітарного права МКЧХ (“Сімейне життя необхідно поважати, наскільки це можливо”) / International Humanitarian Law Databases // ICRC: <http://surl.li/rtoop>.

48 Case of Hassan v. the United Kingdom // ECHR, appl. No. 29750/09, Judgment of 16 September 2014, Series C, para. 36: <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-146501>. Case of Georgia v. Russia // ECHR, Judgment of 28 April 2023, appl. No. 38263/08, Series C: <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-224629>.

49 Статті 32, 34, 49, 147 / Женевська конвенція (IV) про захист цивільного населення під час війни від 12.08.1949 // Верховна Рада України, Конвенція, Міжнародний документ від 12.08.1949 року: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_154#Text. Статті 75, 85 / Додатковий Протокол I до Женевських конвенцій 12.08.1949 р., що стосується захисту жертв міжнародних збройних конфліктів (Протокол I) від 08.06.1977 // Верховна Рада України, Конвенція, Міжнародний документ від 08.06.1977: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_199#top.

50 Стаття 5 / Міжнародна конвенція про захист усіх осіб від насильницьких зникнень // Верховна Рада України, Конвенція, Міжнародний документ від 20.12.2006: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_154#Text.

51 Стаття 7(1)(i) / Римський Статут Міжнародного кримінального суду, 17.07.1998 // Міжнародний Кримінальний Суд: <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/RS-Eng.pdf>.

2.2. Кваліфікація за законодавством України

Стаття 146-1 КК України

До Кримінального кодексу України після ратифікації Конвенції було внесено статтю 146-1 “Насильницьке зникнення”:

Стаття 146-1

1. Арешт, затримання, викрадення або позбавлення волі людини в будь-якій іншій формі, вчинене представником держави, в тому числі іноземної, з подальшою відмовою визнати факт такого арешту, затримання, викрадення або позбавлення волі людини в будь-якій іншій формі або приховуванням даних про долю такої людини чи місце перебування - караються позбавленням волі на строк від трьох до п'яти років.
2. Видання наказу або розпорядження про вчинення дій, зазначених у частині першій цієї статті, або невжиття керівником, якому стало відомо про вчинення дій, зазначених у частині першій цієї статті, його підлеглими заходів для їх припинення та неповідомлення компетентних органів про злочин - караються позбавленням волі на строк від п'яти до семи років.⁵²

Загалом після включення статті 146-1 до КК України її застосування на практиці не стало поширеним. Лише після повномасштабного вторгнення РФ на територію України зростає кількість зафіксованих правопорушень із цією кваліфікацією. Статистика облікованих кримінальних проваджень та їх результатів, яку публікує Офіс Генерального прокурора, містить такі дані⁵³:

Рік	Зареєстровані провадження	Повідомлено про підозру	Направлено обвинувальних актів	Закрито проваджень
2018	-	-	-	-
2019	-	-	-	-
2020	69	3	3	4
2021	56	2	2	5
2022	1120	3	1	26
2023	72	2	2	5
2024⁵⁴	14	0	0	2

52 Стаття 146-1 / Кримінальний кодекс України (станом на 14.03.2024 р.) // Верховна Рада України, № 2341-III, 05.04.2001: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14/ed20240101#n313>.

53 Про зареєстровані кримінальні правопорушення та результати їх досудового розслідування // Офіс Генерального прокурора: <https://gp.gov.ua/ua/posts/pro-zareyestrovani-kriminalni-pravoporusshennya-ta-rezultati-yih-dosudovogo-rozsliduvannya-2>.

54 Дані взято за січень та лютий 2024 року.

Порівняно з підходом, закріпленим Конвенцією, елементи⁵⁵ злочину “насильницькі зникнення” за міжнародним правом та національним правом мають суттєві відмінності:

- 1. об’єкт злочину** – КК України визначає об’єктом такого злочину волю особи (особисту свободу)⁵⁶. Водночас міжнародне право вказує на “залишення особи без захисту закону”⁵⁷, оскільки внаслідок протиправних дій особа позбавляється доступу до засобів правового захисту та процесуальних гарантій, які мають застосовуватись, внаслідок чого особа стає беззахисною та випадає зі сфери захисту правового поля;
- 2. об’єктивна сторона** – при визначенні об’єктивної сторони в обох частинах статті 146-1 КК України законодавець виходив із приписів статей 2 та 6 Конвенції. Однак порівняно зі стандартами стаття 146-1 КК України не передбачає вказівки на конструкцію “залишення особи без захисту закону” як наслідок вчинення протиправних дій⁵⁸; обставини, що можуть пом’якшувати (сприяння поверненню зниклої особи живою, з’ясуванню обставин насильницького зникнення або встановленню особи виконавців акту насильницького зникнення) або обтяжувати (смерть зниклої особи, вчинення акту насильницького зникнення стосовно вагітних жінок, неповнолітніх, інвалідів або інших особливо вразливих осіб) кримінальну відповідальність;
- 3. суб’єктивна сторона** – обов’язковою складовою злочину за статтею 146-1 КК України законодавець визначив наявність суб’єктивної сторони (психічного елементу) – прямого умислу. Тобто винні мають усвідомлювати протиправний характер своїх дій або бездіяльності. Однак за міжнародним правом не застосовується психічний елемент діяння. Тобто не вимагається, щоб злочинець спеціально мав намір позбавити жертву захисту закону;
- 4. суб’єкт злочину** – КК України передбачає вимоги до спеціального суб’єкту цього злочину – представника держави, зокрема іноземної. У першій редакції статті містилась примітка, яка конкретизувала можливість притягнення до відповідальності за цією статтею представників РФ та підконтрольних їй

55 У кримінальному праві України замість терміну “елементи злочину” вживають термін “склад злочину”.

56 Злочин за “насильницькі зникнення” віднесено до Розділу III “Кримінальні правопорушення проти волі, честі та гідності особи” Особливої частини Кримінально кодексу України / Кримінальний кодекс України (станом на 14.03.2024 р.) // Верховна Рада України, № 2341-III, 05.04.2001: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14/ed20240101#n313>.

57 Параграф 3 Преамбули / Резолюція 47/133 Генеральної Асамблеї ООН від 18 грудня 1992 року “Декларація про захист усіх осіб від насильницького зникнення” // Верховна Рада України, Міжнародний документ: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_225#top ; (сайт ООН: <https://undocs.org/Home/Mobile?FinalSymbol=A%2FRE5%2F47%2F133&Language=E&DeviceType=Desktop&LangRequested=False>);

Стаття II / Міжамериканська конвенція про насильницькі зникнення осіб від 09.06.1994 // Міжнародний Кримінальний Суд: <https://www.legal-tools.org/doc/7c67e0/pdf> ;

Стаття 2 / Міжнародна конвенція про захист усіх осіб від насильницьких зникнень // Верховна Рада України, Конвенція, Міжнародний документ від 20.12.2006: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_154#Text ;

(сайт ООН: <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/international-convention-protection-all-persons-enforced>).

58 Стаття 6(1)(а) Конвенції вимагає від держав-учасниць, як мінімум, вжити необхідних заходів для притягнення до кримінальної відповідальності осіб, причетних до насильницьких зникнень, відповідно до п’яти принципів кримінальної відповідальності: “Будь-яка особа, яка вчиняє, наказує, вимагає або підбурює до вчинення, намагається вчинити, є співучасником або бере участь у насильницькому зникненні”. Це повинно включати спробу, допомогу, сприяння, пособництво або підбурювання до вчинення злочину насильницьких зникнень, а також планування або змову та підбурювання або спонукання (заохочення). Крім того, інші принципи кримінальної відповідальності, що застосовуються до злочину проти людяності – насильницького зникнення, визнані у статті 25 Римського статуту.

формувань⁵⁹. Однак як реакцію на повномасштабне вторгнення РФ на територію України цю примітку видалили та поєднали зі змінами до статті 127 КК України, яка криміналізує катування⁶⁰. При цьому фокус на можливих суб'єктах залишився той самий. Положення статті не передбачають кваліфікуючих ознак для притягнення до відповідальності співучасників злочину, а також осіб, які підбурюють до його вчинення. Тому для відповідної правової кваліфікації потрібно додавати посилання на положення загальної частини КК України.

Крім цього, стаття 146-1 КК України не містить у своїх частинах відповідальності за можливі наслідки такого діяння. Це означає, що спричинення шкоди чи інших порушень (таких як загибель людини) не охоплюється частиною 1 цієї статті та вимагає додаткової кваліфікації як інших злочинів. Наприклад, якщо потерпілому завдали тілесних ушкоджень, його катували, не надавали медичну допомогу тощо. Також суд при призначенні покарання має враховувати наслідки для постраждалої особи.

На рівні правозастосовчої практики органам правосуддя досі не вдалося розмежувати склад злочину у формі насильницького зникнення від інших суміжних діянь. КК України, до включення статті 146-1, вже містив такі діяння як: незаконне позбавлення волі або викрадення людини (стаття 146)⁶¹, захоплення заручників (стаття 147)⁶², захоплення представника влади або працівника правоохоронного органу як

59 Примітка до статті 146-1 Кримінального кодексу України, введена в КК України на підставі Закону України "Про правовий статус осіб, зниклих безвісти" від 12.07.2018 № 2505-VIII (<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2505-19#n239>) та виключена із вказаної статті на підставі Закону України "Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо удосконалення відповідальності за катування" від 01.12.2022 № 2812-IX, (<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2812-20#Text>):

Примітка

1. Під представником держави в цій статті слід розуміти службову особу, а також особу або групу осіб, які діють з дозволу, за підтримки чи за згодою держави.
2. Під представниками іноземної держави в цій статті слід розуміти осіб, які діють як державні службовці іноземної держави або проходять військову службу у збройних силах, органах поліції, органах державної безпеки, розвідувальних органах, або осіб, які займають посади в зазначених або будь-яких інших державних органах чи органах місцевого самоврядування іноземної держави, утворених відповідно до її законодавства, або які діють за наказом таких осіб, а також представників іррегулярних незаконних збройних формувань, озброєних банд та груп найманців, створених, підпорядкованих, керованих та фінансованих Російською Федерацією, а також представників окупаційної адміністрації Російської Федерації, яку складають її державні органи і структури, функціонально відповідальні за управління тимчасово окупованими територіями України, та представників підконтрольних Російській Федерації самопроголошених органів, які узурпували виконання владних функцій на тимчасово окупованих територіях України.

60 Примітка до статті 127 Кримінального кодексу України (введена у вказану статтю КК України на підставі Закону України "Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо удосконалення відповідальності за катування" від 01.12.2022 № 2812-IX, <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2812-20#Text>):

Примітка

1. Під представниками держави у цій статті і статті 146¹ цього Кодексу слід розуміти службових осіб, а також осіб, які виступають як офіційні, чи діють з їх підбурювання, чи з їх відома, чи за їх мовчазної згоди.
2. Під представниками іноземної держави у цій статті і статті 146¹ цього Кодексу слід розуміти осіб, які діють як державні службовці іноземної держави або проходять військову службу у збройних силах, органах поліції, органах державної безпеки, розвідувальних органах, або осіб, які займають посади в зазначених або будь-яких інших державних органах чи органах місцевого самоврядування іноземної держави, утворених відповідно до її законодавства, або які діють за наказом таких осіб, а також представників іррегулярних незаконних збройних формувань, озброєних банд і груп найманців, утворених, підпорядкованих, керованих та фінансованих Російською Федерацією, а також представників окупаційної адміністрації Російської Федерації, до якої входять її державні органи і структури, функціонально відповідальні за управління тимчасово окупованими територіями України, та представників підконтрольних Російській Федерації самопроголошених органів, які узурпували виконання владних функцій на тимчасово окупованих територіях України.

61 Стаття 146 / Кримінальний кодекс України (станом на 14.03.2024 р.) // Верховна Рада України, № 2341-III, 05.04.2001: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14/ed20240101#n313>

62 Стаття 147 / Кримінальний кодекс України (станом на 14.03.2024 р.) // Верховна Рада України, № 2341-III, 05.04.2001: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14/ed20240101#n313>

заручника (стаття 349)⁶³, захоплення журналіста як заручника (стаття 349-1)⁶⁴, зловживання владою або службовим становищем (стаття 364)⁶⁵, перевищення влади або службових повноважень працівником правоохоронного органу (стаття 365)⁶⁶, службова недбалість (стаття 367)⁶⁷, завідомо незаконні затримання, привід, домашній арешт або тримання під вартою (стаття 371)⁶⁸, порушення права на захист (стаття 374)⁶⁹, приховування злочину (стаття 396)⁷⁰. Попри те, що положення цих статей не відображають повною мірою зміст насильницьких зникнень за міжнародними стандартами, їх можна застосовувати при правовій кваліфікації через конкуренцію норм КК України.

Для розмежування статті 146-1 КК України від суміжних кримінальних правопорушень варто враховувати, що цю статтю застосовують як до незаконного позбавлення свободи, так і до законного затримання, яке у випадку подальшого невізнання факту затримання і ненадання такої інформації, буде вважатися незаконним. Крім того, стаття 146-1 КК України має спеціальний суб'єкт: до відповідальності за вчинення передбаченого злочину притягують виключно представників держави.

Включення статті 146-1 до КК України в умовах збройного конфлікту, що триває, визначило подальші підходи її застосування⁷¹. Формулювання статті зміщує акцент на дії представників іноземної держави, а саме РФ та її агентів, на території України. Замість універсального характеру та інструменту захисту осіб від насильницьких дій, стаття асоціюється зі злочинами вчиненими РФ на території України відносно цивільного населення під час збройного конфлікту. Втім, після 2014 року до дій України також виникали питання щодо законності затримання окремих осіб та ймовірного вчинення насильницьких зникнень.

Свідченням цього є випадки насильницьких зникнень, задокументовані у звітах УВКПЛ ООН. За звітний період 1 лютого – 31 липня 2022 рік зазначено про 31 випадок насильницьких зникнень, вчинених Збройними силами України на території, яку контролює Уряд України. З боку СБУ зафіксовано один такий випадок: постраждалого утримували і піддавали катуванням Збройні сили Російської Федерації на тимчасово окупованій території Запорізької області. Після звільнення він виїхав до Запоріжжя, щоб подати скаргу, але його затримали невідомі особи біля будівлі СБУ, звинуватили в співпраці зі Збройними силами Російської Федерації, тримали в квартирі добу і били. Коли потерпілому вдалося втекти, його знову затримали співробітники поліції та СБУ. Постраждалого знов утримували в невідомому приміщенні без жодних контактів зі світом, а згодом перевели в будівлю СБУ та повідомили про

63 Стаття 349 / Кримінальний кодекс України (станом на 14.03.2024 р.) // Верховна Рада України, № 2341-III, 05.04.2001: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14/ed20240101#n313>

64 Стаття 349-1 / Кримінальний кодекс України (станом на 14.03.2024 р.) // Верховна Рада України, № 2341-III, 05.04.2001: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14/ed20240101#n313>.

65 Стаття 364 / Кримінальний кодекс України (станом на 14.03.2024 р.) // Верховна Рада України, № 2341-III, 05.04.2001: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14/ed20240101#n313>.

66 Стаття 365 / Кримінальний кодекс України (станом на 14.03.2024 р.) // Верховна Рада України, № 2341-III, 05.04.2001: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14/ed20240101#n313>.

67 Стаття 367 / Кримінальний кодекс України (станом на 14.03.2024 р.) // Верховна Рада України, № 2341-III, 05.04.2001: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14/ed20240101#n313>.

68 Стаття 371 / Кримінальний кодекс України (станом на 14.03.2024 р.) // Верховна Рада України, № 2341-III, 05.04.2001: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14/ed20240101#n313>.

69 Стаття 374 / Кримінальний кодекс України (станом на 14.03.2024 р.) // Верховна Рада України, № 2341-III, 05.04.2001: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14/ed20240101#n313>.

70 Стаття 396 / Кримінальний кодекс України (станом на 14.03.2024 р.) // Верховна Рада України, № 2341-III, 05.04.2001: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14/ed20240101#n313>.

71 Стаття 146-1 / / Кримінальний кодекс України (станом на 14.03.2024 р.) // Верховна Рада України, № 2341-III, 05.04.2001: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14/ed20240101#n313>.

підозру в колабораційній діяльності за ст. 111-1 КК України. Суддя призначив йому запобіжний захід у вигляді тримання під вартою⁷².

УВКПЛ також зафіксувало низку випадків насильницьких зникнень, які вчиняли правоохоронні органи проти цивільних осіб, яких переслідують в судовому порядку на території, контрольованій Урядом України, за злочини, пов'язані з конфліктом⁷³.

В іншому випадку поліція затримала в Донецькій області й передала СБУ жінку, яку звинувачували в передачі інформації Збройним силам РФ. Для отримання письмових зізнань її тримали у відділенні поліції два дні, піддавали катуванням та лишили без доступу до зовнішнього світу⁷⁴.

Зафіксовано випадок насильницького зникнення журналіста, який із 2017 року був обвинувачений у кримінальній справі, пов'язаній з конфліктом. 27 березня 2022 року його на вулиці затримали декілька чоловіків у формі. Досі на запити його сім'ї не надають відповідей про факт його затримання чи тримання під вартою. НПУ розслідує цей випадок як викрадення⁷⁵.

10 квітня 2022 року було затримано колишнього голову с. Новолуганське, який із 2019 року був обвинувачений у справі, пов'язаній з конфліктом. Невідомі особи заштовхали його в автомобіль і вивезли. Родині досі не відомо про долю постраждалого. НПУ розслідує цей випадок як викрадення та не розглядає версії про насильницьке зникнення з боку представників держави⁷⁶.

Інші статті КК України

Окрім статті 146-1 КК України, в умовах збройного конфлікту на території України щодо фактів насильницьких зникнень застосовують і правові кваліфікації за іншими статтями. Зокрема:

- *стаття 115 КК України “Умисне вбивство”⁷⁷* з приміткою в ЄДР, що діяння вчинене під час збройного конфлікту і не встановлено місцезнаходження особи. Така кваліфікація може застосовуватись до цивільних осіб, які перебувають на окупованих територіях та доля яких невідома. Крім того, починаючи з 2014 року з цією кваліфікацією реєстрували кримінальні провадження за фактами зникнення безвісти військовослужбовців у зоні ведення бойових дій;
- *стаття 146 КК України “Незаконне позбавлення волі або викрадення людини”⁷⁸* з приміткою в ЄДР, що діяння вчинене під час збройного конфлікту і не встановлено місцезнаходження особи. Ця кваліфікація застосовувалась починаючи з 2014 року до затриманих цивільних осіб на окупованих територіях, а також щодо захоплених у полон військовослужбовців;

72 Доповідь УВКПЛ ООН щодо ситуації з правами людини в Україні 1 лютого – 31 липня 2022 р., п. 46: <https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/countries/ua/2022-09-23/ReportUkraine-1Feb-31Jul2022-ua.pdf>.

73 Доповідь УВКПЛ ООН щодо ситуації з правами людини в Україні 1 лютого – 31 липня 2022 р., п. 105: <https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/countries/ua/2022-09-23/ReportUkraine-1Feb-31Jul2022-ua.pdf>.

74 Доповідь УВКПЛ ООН щодо ситуації з правами людини в Україні 1 серпня 2022 р. – 31 січня 2023 р., п. 90: <http://surl.li/rtrf>.

75 Доповідь УВКПЛ ООН щодо затримання цивільних осіб в контексті збройного нападу Російської Федерації на Україну від 24 лютого 2022 р. – 23 травня 2023 р., п. 132: <http://surl.li/rtrf>.

76 Доповідь УВКПЛ ООН щодо затримання цивільних осіб в контексті збройного нападу Російської Федерації на Україну від 24 лютого 2022 р. – 23 травня 2023 р., п. 133: <http://surl.li/rtrf>.

77 Стаття 115 / Кримінальний кодекс України (станом на 14.03.2024 р.) // Верховна Рада України, № 2341-III, 05.04.2001: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14/ed20240101#n313>.

78 Стаття 146 / Кримінальний кодекс України (станом на 14.03.2024 р.) // Верховна Рада України, № 2341-III, 05.04.2001: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14/ed20240101#n313>.

- *стаття 147 КК України “Захоплення заручників”⁷⁹*. Відповідна правова кваліфікація у більшості випадків застосовувалась до затриманих цивільних осіб на окупованих територіях;
- *стаття 438 КК України “Порушення законів та звичаїв війни”⁸⁰*. Найбільш активно почала застосовуватись після 24 лютого 2022 року щодо регіонів, охоплених збройним конфліктом. Потерпілими в частині фактів незаконного затримання визнаються цивільні особи на непідконтрольних Уряду України територіях. Крім того, за цією статтею кваліфікують додаткові порушення, вчинені проти постраждалої особи, та які підпадають під розуміння порушень міжнародного гуманітарного права⁸¹.

Від початку збройного конфлікту на території України у 2014 році факти насильницьких зникнень реєстрували за статтями 115, 146, 147 КК України. Також часто у провадженнях можна було натрапити на сукупність статей 115 та 146 КК України. У подальшому, наприклад, при отриманні доказів перебування постраждалих осіб у місцях несвободи, наявності свідчень про застосування до незаконно затриманої цивільної особи на окупованих територіях фізичного та психологічного насильства чи звільнення такої особи, відкриті провадження могли бути перекваліфіковані на статтю 438 КК України.

Після повномасштабного вторгнення РФ на територію України стаття 438 КК України стала інструментом для правоохоронних органів України, який дозволяє документувати наслідки збройного конфлікту⁸²:

Рік	Зареєстровані провадження	Повідомлено про підозру	Направлено обвинувальних актів	Закрито проваджень
2014	1	0	0	0
2015	4	0	0	0
2016	6	1	0	0
2017	14	5	0	1
2018	5	0	0	1
2019	12	3	0	1
2020	223	6	1	0
2021	172	13	7	0
2022	60387	135	47	33
2023	60944	88	37	5
2024⁸³	4245	21	0	0

79 Стаття 147 / Кримінальний кодекс України (станом на 14.03.2024 р.) // Верховна Рада України, № 2341-III, 05.04.2001: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14/ed20240101#n313>.

80 Стаття 438 / Кримінальний кодекс України (станом на 14.03.2024 р.) // Верховна Рада України, № 2341-III, 05.04.2001: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14/ed20240101#n313>.

81 Висновки сформовані за результатами представництва інтересів постраждалих осіб від збройного конфлікту на території України з 2014 року у межах кримінальних проваджень на національному рівні.

82 Про зареєстровані кримінальні правопорушення та результати їх досудового розслідування // Офіс Генерального прокурора: <https://gp.gov.ua/ua/posts/pro-zareyestrovani-kriminalni-pravoporusnennya-ta-rezultati-yih-dosudovogo-rozsliduvannya-2>.

83 Дані взято за січень та лютий 2024 року.

Такий підхід до застосування статті 438 КК України зумовлено наступними причинами:

- бланкетна конструкція статті дозволяє охопити всі “порушення законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов’язковість яких надана Верховною Радою України”. Тому через посилання на договори у сфері МГП кримінальне законодавство дозволяє реєструвати будь-які порушення, зокрема й ті, що прямо не передбачені як військові злочини;
- на зараз ця стаття є єдиною, яка враховує контекст вчинення таких злочинів на території України, а саме умови збройного конфлікту, які сприяють вчиненню злочинів;
- вона дає можливість проаналізувати як одиничні факти вчинення злочинів, так і кваліфікувати інші діяння, вчинені проти особи, наприклад захоплення заручників, насильницькі зникнення, депортація/примусове переміщення цивільного населення;
- на неї не поширюються вимоги про строки давності розслідування.

Крізь призму порушень норм міжнародного гуманітарного права факти насильницьких зникнень сприймають як незаконні затримання за статтею 438 КК України⁸⁴. Відповідні підходи формуються на рівні правозастосовчої практики, яка активно розвивається після 24 лютого 2022 року. Наприклад, у постанові Великої Палати Верховного Суду від 28 лютого 2024 року стосовно розгляду у касаційному порядку справи, яка містить виключно правову проблему, суд наводить такі аргументи про наявність помилки при кваліфікації злочину за ч. 3 загальнокримінальної статті 146 КК України (незаконне позбавлення волі або викрадення людини) замість кваліфікації за статтею 438 КК України: *“Вчинені в умовах збройного конфлікту дії, що охоплюються заборонами, встановленими нормами міжнародного гуманітарного права, і становлять їх серйозне порушення, кваліфікуються лише за ст. 438 КК України і додаткової правової оцінки за іншими статтями цього Кодексу не потребують”*. Суд також постановив, що для подолання конкуренції між застосуванням положень статті 438 КК України та іншими кримінально-правовими нормами цього кодексу варто зважати на зміст вчинених дій та встановити, чи наявне в них порушення звичаїв та законів війни. Діяння, які хоч і вчинені в рамках збройного конфлікту, але не охоплюються заборонами положень МГП, слід кваліфікувати за іншими статтями Особливої частини КК України. У цій справі суд встановив, що факт і спосіб скоєння зазначеного злочину були зумовлені обстановкою збройного конфлікту, умовами окупації, участю засуджених у військових діях, наявністю у них зброї і пов’язаною з цим фактичною владою над цивільним населенням⁸⁵.

У вироку Заводського районного суду м. Запоріжжя від 2 січня 2024 року злочини, що вчинялись обвинуваченими стосовно цивільних осіб, зокрема їх систематичне викрадення, кваліфікують за статтею 438 КК України, оскільки вони є такими, котрі порушують закони та звичаї війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов’язковість яких надана Верховною Радою України. Суд також аргументує свою позицію доведенням наявності всіх контекстуальних елементів воєнного злочину, якими є:

84 Курував фільтраційний табір на Запоріжжі: оголошено про підозру працівнику російського ФСБ // Портал МВС, 24.01.2024: <https://mvs.gov.ua/news/kuruvav-filtraciinii-tabir-na-zaporizzi-ogoloseno-pro-pidozru-pracivniku-rosiiskogo-fsb>. Судитимуть окупаційного голову Нової Каховки за фактом викрадення ще одного міського голови з Херсонщини // Херсонська обласна прокуратура, 08.08.2023: <http://surl.li/rtrgr>.

85 Постанова Великої Палати Верховного Суду від 28.02.2024 р.: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/117555176>.

- існування міжнародного збройного конфлікту;
- здійснення протиправних дій у контексті міжнародного збройного конфлікту та чіткий зв'язок із ним;
- усвідомлення обвинуваченими фактичних обставин існування міжнародного збройного конфлікту, що підтверджується їхнім перебуванням на службі в збройних силах РФ та безпосередній участі в конфлікті⁸⁶.

На протиправу іншим статтям, Офіс Генерального прокурора рекомендує застосовувати саме статтю 438 КК України при кваліфікації фактів насильницьких зникнень та незаконних затримань, мотивуючи такий підхід тим, що діяння вчинені в умовах збройного конфлікту та пов'язані з ним⁸⁷.

Після 10 років збройного конфлікту на території України, який триває, досі актуальним є питання гармонізації кримінального законодавства України з міжнародним правом. Попри те, що 2 березня 2022 року Міжнародний кримінальний суд відкрив розслідування щодо ситуації в Україні⁸⁸, Римський статут все ще нератифіковано. Це питання досі не отримало пріоритет при формуванні державної політики. Через недостатність політичної волі для прийняття рішення, процес відтерміновано до закінчення збройного конфлікту⁸⁹. Процес ратифікації міг би стати поштовхом для внесення необхідних змін до національного законодавства України. Зокрема, привести норми КК України у відповідність до розуміння найтяжчих міжнародних злочинів.

Наразі в Україні не криміналізовано злочини проти людяності, а розуміння воєнних злочинів не відповідає міжнародним стандартам. Незважаючи на прийняття у 2021 році в цілому проєкту закону “Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо імплементації норм міжнародного кримінального та гуманітарного права” (реєстр. № 2689), який передбачає відповідні зміни, його так і не підписав Президент⁹⁰. У 2022 році було зареєстровано проєкт закону “Про внесення змін до Кримінального кодексу України та Кримінального процесуального кодексу України” (реєстр. № 7290), який також стосується імплементації найтяжчих міжнародних злочинів, але його досі не розглянули⁹¹.

86 Вирок Заводського районного суду м. Запоріжжя від 02.01.2024 р.: <https://revestr.court.gov.ua/Review/116072492>.

87 Стандарти розслідування воєнних злочинів. Загальна частина / схвалені Протоколом засідання методичної ради від 16.03.2023 № 3 та затверджені Генеральним прокурором 28.04.2023 р. // JustGroup, 2023: https://justgroup.com.ua/wp-content/uploads/2023/05/standart-rozsliduvannya_zagalna-chastyna.pdf.

Стандарти розслідування воєнних злочинів. Незаконне позбавлення волі та катування / схвалені Протоколом засідання методичної ради від 16.03.2023 № 3 та затверджені Генеральним прокурором 28.04.2023 р. // JustGroup, 2023: https://justgroup.com.ua/wp-content/uploads/2023/05/standart-rozsliduvannya_katuvannya.pdf.

88 Statement of ICC Prosecutor, Karim A.A. Khan QC, on the Situation in Ukraine // International Criminal Court, 02.03.2022: <https://www.icc-cpi.int/news/statement-icc-prosecutor-karim-aa-khan-qc-situation-ukraine-receipt-referrals-39-states>.

89 Про затвердження плану заходів з виконання рекомендацій Європейської Комісії, представлених у Звіті про прогрес України в рамках Пакета розширення Європейського Союзу 2023 року / Розпорядження // Кабінет міністрів України, № 133-р, 09.02.2024: <https://www.kmu.gov.ua/npas/pro-zatverdzhennia-planu-zakhodiv-z-vikonannia-rekomendatsii-ievropeiskoi-komisii-predstavleniykh-u-t90224>.

90 Проект Закону про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо імплементації норм міжнародного кримінального та гуманітарного права // Верховна рада України, № 2689, 27.12.2019: https://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=67804.

91 Проект Закону про внесення змін до Кримінального кодексу України та Кримінального процесуального кодексу України // Верховна рада України, № 7290, 15.04.2022: <https://itd.rada.gov.ua/billInfo/Bills/Card/39449>.

3

Умови притягнення до кримінальної відповідальності

3.1. Роль та завдання органів слідства

Органи досудового розслідування залишаються головним суб'єктом, який відповідає за фіксацію та розслідування кримінальних правопорушень, вчинених на території України. Після початку збройного конфлікту у 2014 році, а особливо після повномасштабного вторгнення РФ 24 лютого 2022 року, саме вони є основними у системі правосуддя, хто відповідає за своєчасне документування цих порушень.

Стаття 214 Кримінального процесуального кодексу України закріплює обов'язок слідчого/прокурора реєструвати повідомлення про вчинення кримінальних правопорушень або у разі їх виявлення з будь-якого джерела у ЄРДР⁹². Таким чином, з одного боку ЄРДР та дані щодо зареєстрованих кримінальних проваджень стають своєрідним зведенням масштабів різноманітних порушень, вчинених в умовах збройного конфлікту, а з іншого – зобов'язанням проводити розслідування цих проваджень із моменту, коли відомості про них зафіксовано відповідно до вимог кримінального процесуального законодавства.

Відповідальний орган за проведення розслідування фактів насильницьких зникнень визначають залежно від правової кваліфікації, за яким здійснюється таке провадження:

- якщо діяння кваліфікують за статтю 146-1 КК України або іншою загальнокримінальною статтею (наприклад, статті 115, 146, 147 КК України), то органом досудового розслідування є Національна поліція України⁹³ за територіальним розподілом залежно від місця вчинення злочину⁹⁴;
- при цьому, якщо постає питання про відповідальність представника держави, а у випадку насильницьких зникнень за статтю 146-1 КК України закріплено спеціальний суб'єкт злочину, то відповідальними за таке розслідування є слідчі Державного бюро розслідувань. Серед спеціальних суб'єктів, віднесених до їх підслідності, КПК України закріплює, зокрема, представників правоохоронних органів⁹⁵. Втім, на практиці щодо розслідування фактів насильницьких

92 Стаття 214 / Кримінальний процесуальний кодекс України (станом на 14.03.2024 р.) // Верховна Рада України, № 4651-VI, 13.04.2012: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17#n801>.

93 Частина 1 статті 216 / Кримінальний процесуальний кодекс України (станом на 14.03.2024 р.) // Верховна Рада України, № 4651-VI, 13.04.2012: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17#n801>.

94 Стаття 218 / Кримінальний процесуальний кодекс України (станом на 14.03.2024 р.) // Верховна Рада України, № 4651-VI, 13.04.2012: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17#n801>.

95 Частина 4 статті 216 / Кримінальний процесуальний кодекс України (станом на 14.03.2024 р.) // Верховна Рада України, № 4651-VI, 13.04.2012: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17#n801>.

зникнень, вчинених в умовах збройного конфлікту, переважає залучення органів НПУ для проведення слідчих дій;

якщо застосовується правова кваліфікація за статтею 438 КК України, то відповідальними за проведення розслідування є слідчі органів Служби безпеки України⁹⁶.

Виклики для органів розслідування внаслідок збройного конфлікту на перший план вивели питання достатніх людських ресурсів серед органів розслідування. СБУ як відповідальний суб'єкт за дослідження порушень законів та звичаїв війни не має належного ресурсу, щоб забезпечувати фіксацію злочинів на місцях та їх розслідування. Для вирішення цього питання зміни до КПК України запровадили можливість створювати міжвідомчі слідчі групи, які дозволяють залучати в межах одних проваджень слідчих із різних органів досудового розслідування⁹⁷. На практиці цей інструмент почали активно використовувати з середини 2022 року. Однак це тимчасове рішення, оскільки такі групи можна створювати виключно під час воєнного стану⁹⁸. Водночас проведення розслідування різними органами слідства щодо схожих фактів призводить до формування різної практики, яка ґрунтується на досвіді та пріоритетах кожного органу.

Якщо розглядати факти насильницьких зникнень як злочин, пов'язаний із життям, здоров'ям та особистою недоторканістю особи, варто зазначити, що його розслідування вимагає особливих навичок у слідчих. Дослідження та фіксація обставин, збір доказів, доведення заподіяної шкоди потребує специфічного досвіду та розуміння відповідних національних і міжнародних стандартів, гарантій прав людини. Порівняно з іншими правоохоронними органами, тільки слідчі Національної поліції України можуть відзначитись такою спеціалізацією, виходячи з їх підслідності. На противагу цьому, СБУ не має повноважень розслідувати насильницькі злочини та відповідно, слідчим цього органу бракує необхідних навичок. Тому на практиці залишається ризик того, що без проведення необхідного навчання та вивчення релевантної практики слідчими СБУ, розслідування фактів насильницьких зникнень як порушень законів та звичаїв війни за статтею 438 КК України може відрізнятись від необхідних підходів.

3.2. Фіксація порушень

Стандарти міжнародного права закріплюють три вимоги для держав у випадку отримання ними повідомлення про факти насильницьких зникнень:

- приймати заяви за такими фактами як від фізичних осіб, так і від юридичних осіб (неурядових організацій);
- швидко та неупереджено розглядати заяви і, за необхідності, невідкладно проводити ретельне та неупереджене розслідування, а також притягати до відповідальності осіб, винних у таких насильницьких зникненнях. Особливу увагу при цьому приділяють фактам насильницьких зникнень осіб, які належать до вразливих груп, особливо дітей, та насильницьким зникненням жінок,

96 Частина 2 статті 216 / Кримінальний процесуальний кодекс України (станом на 14.03.2024 р.) // Верховна Рада України, № 4651-VI, 13.04.2012: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17#n801>.

97 Частина 4 статті 39 / Кримінальний процесуальний кодекс України (станом на 14.03.2024 р.) // Верховна Рада України, № 4651-VI, 13.04.2012: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17#n801>.

98 Частина 4 статті 39 / Кримінальний процесуальний кодекс України (станом на 14.03.2024 р.) // Верховна Рада України, № 4651-VI, 13.04.2012: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17#n801>.

оскільки вони можуть бути особливо вразливими до сексуального насильства та інших форм насильства;

- вживати ефективних заходів для захисту заявників, свідків, родичів зниклих осіб та їхніх захисників, а також осіб, які беруть участь у розслідуванні, від будь-якого жорстокого поводження або залякування внаслідок подання заяви про злочин або надання будь-яких свідчень. Одним із заходів захисту є вимога, щоб особи, які можуть бути причетними до злочинів насильницьких зникнень, були усунуті від будь-якої посади, пов'язаної з контролем або владою, прямою чи опосередкованою, над заявниками, свідками та їхніми сім'ями, а також над особами, які проводять розслідування.

Саме в межах досудових розслідувань правоохоронні органи мають змогу вживати заходи для встановлення долі та місцезнаходження зниклих осіб. Діяльність інших органів у цій сфері також прив'язана до процесу розслідування. Кримінальне процесуальне законодавство України закріплює загальні підходи до фіксації всіх правопорушень.

По-перше, встановлено строк 24 години, упродовж яких заява потерпілого/заявника або повідомлення, виявлене слідчим чи прокурором, має бути внесено до ЄРДР. З цього моменту відкривають кримінальне провадження та мають проводити досудове розслідування.⁹⁹ По-друге, законодавство не допускає відмови у реєстрації такого повідомлення¹⁰⁰. Якщо все ж таки провадження не було зареєстровано, КПК України передбачає можливість звернутись до слідчого судді, ухвалою якого може бути передбачено зобов'язання почати розслідування. По-третє, підтвердженням реєстрації провадження є витяг з Єдиного реєстру досудових розслідувань, який надають заявнику¹⁰¹.

Водночас практика фіксації кримінальних правопорушень показує, що органи досудового розслідування можуть порушувати вимоги КПК України. Наприклад, безпідставно відмовляють у реєстрації заяв та повідомлень або розглядають заяви у строки та в порядку, передбачені Законом України "Про звернення громадян"¹⁰². Слідчі органи, не бажаючи перезавантажувати ЄРДР та збільшувати кількість проваджень, упродовж 30 днів (з порушенням строків) приймали рішення, чи містить заява інформацію про злочин чи це звернення має стосунок до іншої сфери права, або є малозначним. Такі випадки порушують процесуальні гарантії для постраждалих осіб та впливають на ефективність засобу правового захисту. Оскарження такого рішення в суді та подальше відкриття провадження не гарантує, що розслідування буде своєчасним, неупередженим та якісним.

Досліджуючи наслідки збройного конфлікту на території України, правоохоронні органи України досі дублюють реєстрації кримінальних проваджень за однаковими фактами. Це зумовлено тим, що органи слідства отримують інформацію з різних

99 Стаття 214 / Кримінальний процесуальний кодекс України (станом на 14.03.2024 р.) // Верховна Рада України, № 4651-VI, 13.04.2012: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17#n801>.

100 Стаття 214 / Кримінальний процесуальний кодекс України (станом на 14.03.2024 р.) // Верховна Рада України, № 4651-VI, 13.04.2012: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17#n801>.

101 Стаття 214 / Кримінальний процесуальний кодекс України (станом на 14.03.2024 р.) // Верховна Рада України, № 4651-VI, 13.04.2012: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17#n801>.

102 Регулюється право громадян звернутися до органів державної влади, місцевого самоврядування, об'єднань громадян, підприємств, установ, організацій незалежно від форм власності, медіа, посадових осіб відповідно до їх функціональних обов'язків із зауваженнями, скаргами та пропозиціями, що стосуються їх статутної діяльності, заявою або клопотанням щодо реалізації своїх соціально-економічних, політичних та особистих прав і законних інтересів та скаргю про їх порушення. // Стаття 1 / Закон України "Про звернення громадян" // Верховна Рада України, № 393/96-ВР, 02.10.1996: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/393/96-%D0%B2%D1%80#Text>.

джерел, наприклад, заяви потерпілої особи та інформації з відкритих джерел. Також внесення відомостей до ЄРДР здійснюють органи на місцях, а повідомлення можуть знаходити до слідчих у різних областях, зокрема за місцем вчинення злочину та за місцем проживання близьких осіб. І кожен із таких органів буде зобов'язаний реєструвати такі повідомлення у ЄРДР. Особливості функціонування реєстру не дозволяють мати доступ до всіх внесених фактів, тільки у межах певного регіону або органу розслідування. Крім того, розслідування за однаковими фактами можуть починатися з попередньою кваліфікацією за різними статтями КК України, наприклад, 146-1 та 438. Відтак, статистична інформація щодо зареєстрованих кримінальних правопорушень в умовах збройного конфлікту з 2014 року потребує перевірки по суті та систематизації.

3.3. Строки давності

Можливість доступу постраждалих осіб від насильницьких зникнень до правосуддя визначається вимогами строків давності, які регламентують період часу, протягом якого такі розслідування можуть відбуватися. Оцінка строків давності та їх застосування прямо прив'язана до тяжкості вчиненого злочину та характеру норм, на які посягають ці порушення. Факти насильницьких зникнень міжнародне право відносить до грубих порушень прав людини, оскільки:

- вони призводять до безперервного порушення, яке триває до встановлення долі або місцезнаходження зниклої особи;
- цей злочин завдає сім'ям жертв тяжких страждань, адже їм часто доводиться чекати роками, щоб дізнатися правду про долю постраждалої особи¹⁰³.

Наголошуючи на серйозності злочину, Конвенція визначає, що максимальним покаранням за вчинення насильницького зникнення є довічне ув'язнення, передбачене Римським статутом МКС та статутами інших міжнародних кримінальних судів¹⁰⁴.

Міжнародне право визначає, що на злочин насильницького зникнення не поширюється строк давності ні у кримінальному, ні у цивільному судочинстві¹⁰⁵. Кваліфікація таких діянь як найтяжчих міжнародних злочинів, зокрема злочину проти

103 ENFORCED DISAPPEARANCES: Q & A // Amnesty International: <https://www.amnesty.org/en/wp-content/uploads/2021/06/ior510102011en.pdf>.

104 Стаття 7 / Міжнародна конвенція про захист усіх осіб від насильницьких зникнень // Верховна Рада України, Конвенція, Міжнародний документ від 20.12.2006: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_154#Text. Article 24 / Statute of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY Statute) // UN, 1993: http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_sept09_en.pdf. Article 23 / Statute for the International Tribunal for Rwanda (ICTR Statute) // <http://sur.li/rtrkf>. UNTAET Regulation 2000/15 (establishing the Special Panels for Serious Crimes, Dili, East Timor) // UN, 06.06.2000, Sect. 10: <https://peacekeeping.un.org/sites/default/files/past/etimor/untaetR/Reg0015E.pdf>. Article 19 / Statute of the Special Court for Sierra Leone (Sierra Leone Statute) // UN, 2000: <https://www.refworld.org/legal/constinstr/unsc/2002/en/43606>. Article 38 / Cambodian Law on the Establishment of the Extraordinary Chambers, with inclusion of amendments as promulgated on 27 Oct. 2004 (NS/RKM/1004/006) (Cambodian Extraordinary Chambers Law): (http://www.cambodiatribunal.org/sites/default/files/resources/Domestic_Cambodian_Law_as_amended_27_Oct_2004_Eng.pdf).

105 Міжнародна конвенція про захист усіх осіб від насильницьких зникнень // Верховна Рада України, Конвенція, Міжнародний документ від 20.12.2006: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_154#Text; (сайт ООН: <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/international-convention-protection-all-persons-enforced>)

Резолюція 47/133 Генеральної Асамблеї ООН від 18 грудня 1992 року "Декларація про захист усіх осіб від насильницького зникнення" // Верховна Рада України, Міжнародний документ: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_225#top; (сайт ООН: <https://undocs.org/Home/Mobile?FinalSymbol=A%2FRES%2F47%2F133&Language=E&DeviceType=Desktop&LangRequested=False>)

людяності, також передбачає незастосування до них строків давності¹⁰⁶. При цьому практика Європейського суду з прав людини та Міжамериканського суду з прав людини зазначає, що такі порушення прав людини мають тривалий характер¹⁰⁷.

Однак при цьому, Конвенція визначає як тимчасовий захід право держави застосовувати строки давності до злочинів насильницьких зникнень, крім тих, які розслідують як злочини проти людяності¹⁰⁸. Водночас держава повинна забезпечити, аби строки давності для розслідування насильницьких зникнень застосовували на рівні строків давності, визначених для найтяжчих злочинів, які передбачено у її кримінальному та цивільному законодавстві, а саме:

- застосовували протягом такого ж строку, як і для найтяжчих злочинів згідно з міжнародним правом;
- призупиняли упродовж будь-якого періоду, коли постраждали від насильницьких зникнень не можуть ефективно домогтися правосуддя або відшкодування;
- починали лише з моменту припинення злочину насильницького зникнення¹⁰⁹.

Положення Кримінального кодексу України прив'язують вимоги строків давності до тяжкості злочину, передбаченого особливою частиною. Загальні правила визначення тяжкості злочину закріплено у статті 12 КК України, відповідно до яких характер діяння залежить від покарання, яке може бути призначено за вчинення конкретного злочину¹¹⁰. При тому тяжкість злочину може відрізнитись залежно від частини статті, бо кожна наступна частина передбачає кваліфікуючі ознаки діяння.

Правила статті 49 КК України визначають, що строки давності для притягнення до кримінальної відповідальності становлять:

- за вчинення нетяжкого злочину – 5 років;
- за вчинення тяжкого злочину – 10 років;
- за вчинення особливо тяжкого злочину – 15 років¹¹¹.

106 Article 29 “The crimes within the jurisdiction of the Court shall not be subject to any statute of limitations.” // Римський Статут Міжнародного кримінального суду, 17.07.1998: <http://surl.li/ddban>.

107 Article III “This offense shall be deemed continuous or permanent as long as the fate or whereabouts of the victim has not been determined.” // Inter-American Convention on Forced Disappearance of Persons, Adopted at Belém do Pará, 09.06.1994: <https://www.oas.org/juridico/english/treaties/a-60.html>. Varnava and Others v. Turkey // ECHR, Grand Chamber Judgment of 18 September 2009, para. 139: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-94162>. Velasquez Rodriguez v. Honduras // Inter-American Court of Human Rights, Judgment of 29 July 1988, para. 155: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf.

108 Стаття 8 / Міжнародна конвенція про захист усіх осіб від насильницьких зникнень // Верховна Рада України, Конвенція, Міжнародний документ від 20.12.2006: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_154#Text.

109 Стаття 8(1) / Міжнародна конвенція про захист усіх осіб від насильницьких зникнень // Верховна Рада України, Конвенція, Міжнародний документ від 20.12.2006: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_154#Text.

110 Нетяжким злочином є передбачене цим Кодексом діяння (дія чи бездіяльність), за вчинення якого передбачене основне покарання у виді штрафу в розмірі не більше десяти тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або позбавлення волі на строк не більше п'яти років.

Тяжким злочином є передбачене цим Кодексом діяння (дія чи бездіяльність), за вчинення якого передбачене основне покарання у виді штрафу в розмірі не більше двадцяти п'яти тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або позбавлення волі на строк не більше десяти років.

Особливо тяжким злочином є передбачене цим Кодексом діяння (дія чи бездіяльність), за вчинення якого передбачене основне покарання у виді штрафу в розмірі понад двадцять п'ять тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, позбавлення волі на строк понад десять років або довічного позбавлення волі. // Частини 4 – 6 статті 12 / Кримінальний кодекс України (станом на 14.03.2024 р.) // Верховна Рада України, № 2341-III, 05.04.2001: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14/ed20240101#n313>.

111 Стаття 49 / Кримінальний кодекс України (станом на 14.03.2024 р.) // Верховна Рада України, № 2341-III, 05.04.2001: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14/ed20240101#n313>.

Перебіг цього строку за КК України починається з моменту вчинення кримінального правопорушення (коли воно вважається закінченим) і завершується до набуття вироком законної сили¹¹². У строк давності зараховують: період з моменту вчинення правопорушення до виявлення правопорушення потерпілим та/або правоохоронними органами і реєстрації кримінального провадження в ЄРДР; період проведення досудового розслідування до встановлення підозрюваного і повідомлення йому про підозру; період проведення досудового розслідування після повідомлення особі про підозру; час для ознайомлення сторони захисту з матеріалами досудового розслідування; період після завершення ознайомлення з матеріалами досудового розслідування й до надходження обвинувального акта до суду; підготовче судове засідання і судовий розгляд у суді першої інстанції; строк, установлений законом для оскарження вироку (30 днів); апеляційне провадження (в разі оскарження вироку)¹¹³. КК України передбачає строки, що переривають та зупиняють давність; а також перелік злочинів при розслідуванні яких строки давності не застосовують.

Стаття 146-1 КК України поєднує в собі кілька видів злочинів: діяння, передбачене частиною 1, є нетяжким злочином¹¹⁴, а діяння, передбачене частиною 2, є тяжким злочином¹¹⁵. Тому щодо діянь, які кваліфікують за частиною 1 статті, строк давності становить 5 років, а ті, які кваліфікують за частиною 2, – можуть бути розслідувані протягом 10 років. Водночас ті діяння, які кваліфікують за статтею 438 КК України, не обмежені строками давності¹¹⁶.

У випадку застосування статті 146-1 КК України, як і інших загальнокримінальних статей, у межах яких досліджують факти насильницьких зникнень (наприклад, статті 115, 146, 147 та ін. КК України), на практиці можуть виникати труднощі з дотримання вимог Конвенції. Національне законодавство України не передбачає окремих правил обрахування строків давності для випадків насильницьких зникнень, тому може обмежувати доступ постраждалих осіб до правосуддя. Крім цього, насильницькі зникнення за КК України належать до нетяжких злочинів, що зменшує сприйняття суспільної небезпеки цього діяння та не дозволяє використовувати загальні правила для захисту інтересів жертв.

На практиці кваліфікація насильницьких зникнень за статтею 146-1 КК України може викликати низку проблем. По-перше, обмеження строків давності вимагатимуть оперативного проведення розслідування. Враховуючи те, що насильницькі зникнення можуть бути тривалим порушенням, то до моменту ідентифікації виконавців злочину та передачі справи до суду буде виникати необхідність закрити таке провадження через сплив строків давності. По-друге, збройний конфлікт на території України триває вже десять років і до цього часу важко описати масштаб ймовірних

112 Стаття 49 / Кримінальний кодекс України (станом на 14.03.2024 р.) // Верховна Рада України, № 2341-III, 05.04.2001: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14/ed20240101#n313>.

113 Статті 214, 219, 290, 297-1 – 297-5, 314 / Кримінальний процесуальний кодекс України (станом на 14.03.2024 р.) // Верховна Рада України, № 4651-VI, 13.04.2012: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17#n801>.

114 Санкція за частиною 1 статті 146-1 КК України встановлює покарання у вигляді позбавлення волі на строк від трьох до п'яти років. / Кримінальний кодекс України (станом на 14.03.2024 р.) // Верховна Рада України, № 2341-III, 05.04.2001: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14/ed20240101#n313>.

115 Санкція за частиною 2 статті 146-1 КК України встановлює покарання у вигляді позбавлення волі на строк від п'яти до семи років. / Кримінальний кодекс України (станом на 14.03.2024 р.) // Верховна Рада України, № 2341-III, 05.04.2001: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14/ed20240101#n313>.

116 Давність не застосовується у разі вчинення злочинів проти основ національної безпеки України, передбачених у статтях 109-114-2, катування, передбаченого частиною третьою статті 127, проти миру та безпеки людства, передбачених у статтях 437-439 і частині першій статті 442 цього Кодексу. // Частина 5 статті 49 / Кримінальний кодекс України (станом на 14.03.2024 р.) // Верховна Рада України, № 2341-III, 05.04.2001: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14/ed20240101#n313>.

злочинів, які мають місце на окупованих територіях. Важко спрогнозувати, коли такі факти можуть бути виявлені. Тому на практиці кваліфікація насильницьких зникнень за статею 146-1 КК України стає невиправданою через невеликий строк давності, передбачений для цієї статті. По-третє, для того, щоб уникнути обмежень строків давності, найбільш практичним рішенням для правоохоронних органів є кваліфікація насильницьких зникнень за статтею 438 КК України та їх дослідження крізь призму порушень МГП. При цьому, відсутність злочинів проти людяності в законодавстві України значно обмежує можливості досліджувати такі випадки як системні.

На додаток до цього, окремим аспектом обмеження строків дослідження фактів насильницьких зникнень були вимоги Кримінального процесуального кодексу України. Стаття 219 КПК України визначала чіткі обмеження строків проведення досудового розслідування, обрахунок яких починався з моменту внесення інформації до ЄРДР. Однак після змін наприкінці 2023 року ці обмеження було скасовано щодо всіх видів злочинів¹¹⁷. На зараз обмеження у строках розслідування стосуються зобов'язання завершити досудове розслідування протягом двох місяців із дня повідомлення особі про підозру у вчиненні злочину¹¹⁸.

3.4. Виклики для збору доказів

КПК України серед джерел доказів у кримінальних провадженнях визначає показання, речові докази, документи, висновки експертів¹¹⁹. Обставини збройного конфлікту змусили правоохоронні органи переоцінити практику та можливість застосування вимог кримінального процесуального законодавства. Отримання доказів у межах кримінальних проваджень стало найбільшим викликом для проведення розслідування. Дослідження фактів насильницьких зникнень в умовах збройного конфлікту на території України характеризується такими обставинами, які впливають на можливість збору доказів:

- *відсутність у правоохоронних органів доступу до території, на якій було вчинено злочин* – якщо йдеться про події на окупованих територіях, то основним джерелом інформації про вчинені порушення стають показання потерпілих та свідків. Слідчий та прокурор, враховуючи неможливість самостійно оглянути місце вчинення злочинів, формулює загальне уявлення зі слів очевидців, намагаючись зібрати карту подій через ці фрагменти;
- *загроза безпеці працівників органів правосуддя* – системні атаки з боку РФ досить часто спрямовані проти представників правоохоронних органів. Вони можуть виражатись у цілеспрямованих нападах на об'єкти інфраструктури правосуддя або бути пов'язані з повторними атаками після виїзду слідчих на місце вчинення злочину. За останні два роки для представників правоохоронних органів питання особистої безпеки стало одним із викликів у їхній роботі;
- *складність комунікації зі свідками та потерпілими* – перебування осіб на окупованих територіях, їх внутрішнє переміщення у межах України чи виїзд за

117 Закон України Про внесення змін до Кримінального процесуального кодексу України та інших законодавчих актів України щодо посилення самостійності Спеціалізованої антикорупційної прокуратури // Верховна рада України, № 3509-IX, 08.12.2023: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3509-20#n14>.

118 Частина 3 статті 219 / Кримінальний процесуальний кодекс України (станом на 14.03.2024 р.) // Верховна Рада України, № 4651-VI, 13.04.2012: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17#n801>.

119 Стаття 84 / Закон України Про внесення змін до Кримінального процесуального кодексу України та інших законодавчих актів України щодо посилення самостійності Спеціалізованої антикорупційної прокуратури // Верховна рада України, № 3509-IX, 08.12.2023: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3509-20#n14>.

кордон через небезпеки збройного конфлікту впливає на можливість провести з ними слідчі дії та отримати свідчення. У межах території України слідчий може направити доручення для проведення допиту особи за місцем її перебування, проте якщо особа перебуває закордоном, можна розглядати лише направлення запиту про міжнародну правову допомогу, розгляд якого може зайняти тривалий час. У випадку перебування особи на окупованій території, слідчий може спілкуватись із нею тільки у режимі телефонного чи відеозв'язку, при цьому її свідчення не можуть бути оформлені у протокол допиту відповідно до вимог КПК України. Крім того, якщо потерпілий чи свідок перебуває на окупованій території, розголошення його персональних даних у межах провадження може створювати ризик для такої особи. Водночас можливі слідчі дії з потерпілими та свідками не обмежуються проведенням допиту, проблеми можуть виникати при призначенні і проведенні експертиз, впізнання та інших можливих слідчих дій;

- *акцент на використанні інформації з відкритих джерел* – масив цифрового контенту у відкритому доступі, який відображає події збройного конфлікту на території України, також може мати значення для розслідування фактів насильницьких зникнень. Крім безпосередньої фіксації цих даних у кримінальних провадженнях, слідчі мають їх верифікувати, належно зберігати та оформлювати згідно з міжнародними стандартами. КПК України не передбачає окремих вимог до роботи з інформацією з відкритих джерел, тому на практиці досить часто трапляються випадки, коли такі дані не підкріплюються іншими доказами та стають основою для формування правових позицій у провадженнях;
- *інформацію, зібрану неурядовими організаціями, не можна використати у межах проваджень як доказ* – базове правило збору доказів за вимогами КПК України полягає у тому, що інформація має бути оформлена відповідно до кримінального процесуального законодавства уповноваженою на те особою (слідчим або прокурором). Дані, зібрані третіми особами та передані слідству, вимагають їх належного процесуального оформлення та перевірки. Тож на практиці це можуть розглядати або як показання з чужих слів представника НУО, проте порівняно з безпосереднім свідком вони матимуть меншу цінність; або як контактні дані свідків чи потерпілих, допит яких необхідно провести у процесуальному порядку; або як звернення громадян, інформацію у якому слід перевірити у межах провадження.

У частині дослідження фактів насильницьких зникнень велику увагу у розслідуваннях приділяють також роботі оперативних співробітників правоохоронних органів. З повідомленням про зникнення особи може відкриватись оперативно-розшукова справа категорії “розшук” щодо осіб, зниклих безвісти за особливих обставин, зокрема й у зв'язку зі збройним конфліктом, воєнними діями, заворушеннями всередині держави або у зв'язку з надзвичайними ситуаціями природного чи техногенного характеру або іншими подіями, що можуть спричинити масову загибель людей, – до встановлення їх місця перебування, місця поховання чи місцезнаходження останків¹²⁰. На практиці інформація, отримана такими підрозділами, не буде мати статус доказу у провадженні, поки її не оформлять відповідно до вимог КПК України. Однак проблеми виникають із можливістю розкриття даних з обмеженим доступом чи розвідувальної інформації, яку фактично не можна використати як доказ, навіть якщо вона містить відомості про долю зниклої особи.

120 Закон України “Про оперативно-розшукову діяльність” // Верховна рада України, № 2135-XII, 18.02.1992: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2135-12#Text>

Дослідження фактів насильницьких зникнень вимагає розуміння стандартів прав людини та міжнародного гуманітарного і кримінального права серед органів правосуддя. При цьому, межі їх застосування на практиці будуть залежати від того, за якою правовою кваліфікацією здійснюють розслідування – стаття 146-1 чи стаття 438 КК України. Відповідно і вимоги до дослідження цих випадків як порушення законів та звичаїв війни відрізняться від розслідування насильницьких зникнень як загальнокримінальних діянь. Зважаючи на те, що Україна налагоджує співпрацю з національними юрисдикціями інших країн та іншими механізмами правосуддя, зокрема МКС, в частині розслідування наслідків збройного конфлікту, критично важливо, щоб зібрані докази відповідали міжнародним стандартам. Норми КПК України потребують імплементації міжнародних стандартів, щоб забезпечити ефективну взаємодію.

3.5. Розгляд справ *in absentia*

Міжнародне право передбачає можливість розглядати провадження за процедурою *in absentia*. Водночас при використанні такої процедури необхідно дотримуватися стандартів, встановлених правом на справедливий судовий розгляд, серед яких:

- суд повинен відкласти розгляд, якщо особиста присутність обвинуваченого є обов'язковою або є підстави вважати, що в нього виникли перешкоди для явки;
- при розгляді справи *in absentia*, докази повинні збиратися звичайними засобами, а захист повинен мати право впливати на цей процес;
- судові рішення, ухвалені *in absentia*, має бути доведено до відома обвинуваченого згідно з правилами вручення повісток для явки в суд, і період часу для оскарження не повинен починатися раніше, ніж особа, щодо якої винесено вирок, не отримає ефективного повідомлення про винесене судові рішення, якщо тільки не буде встановлено, що особа навмисно прагнула уникнути правосуддя;
- кожен, чию справу розглядали *in absentia*, повинен мати можливість оскаржити це судові рішення будь-якими доступними йому засобами, якби він був присутній;
- особа, справу якої розглядали *in absentia* і якій не було вручено повістку в належній формі, повинна мати правовий засіб захисту, який дозволяє їй переглянути справу як у питаннях права, так і в питаннях факту¹²¹.

Міжнародні судові інстанції одноставно наголошують, що держава зобов'язана застосувати всі наявні засоби, щоб підозрюваного належним чином поінформували про кримінальне провадження проти нього. Це відображено в рішеннях Європейського суду з прав людини (*Sanader v Croatia*¹²², *Sejdovic v Italy*¹²³, *Stoyanov v*

121 Про критерії, які регламентують розгляд, що проводиться за відсутності обвинуваченого / Резолюція // Комітет Міністрів Ради Європи, №(75)11, 19.01.1973: <https://rm.coe.int/09000016804f7581>.

122 Case of *Sanader v. Croatia* // ECHR, Appl. 66408/12, Judgement 06 July 2015: <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-151039>.

123 Case of *Sejdovic v. Italy* // ECHR, Appl. 56581/00, Judgement 01 June 2006: <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-72629>.

Bulgaria¹²⁴), Комітету ООН з прав людини (Мбенге проти Заїру)¹²⁵ та Міжнародного кримінального суду (справа проти Саїфа Аль-Іслама Гаддафі)¹²⁶. Процедури розгляду справи у порядку *in absentia* можна вважати законними та справедливими лише якщо вони відповідають гарантіям, визначеним міжнародним правом.

КПК України передбачає процедуру розгляду справи за відсутності підозрюваного/обвинуваченого, яка розпочинається з винесення ухвали слідчим суддею про проведення спеціального досудового розслідування. Таке провадження можна здійснювати тільки щодо особи, яка набула статусу підозрюваного. Втім, особа може набути такого статусу лише коли вжито всіх належних заходів для вручення їй повідомлення. У розумінні КПК України належне інформування підозрюваного та обвинуваченого здійснюють через надсилання повідомлень за останнім відомим місцем його проживання чи перебування та обов'язкової публікації в засобах масової інформації загальнодержавної сфери розповсюдження та на офіційному веб-сайті ОГП. З моменту опублікування повістки про виклик у засобах масової інформації загальнодержавної сфери розповсюдження та на офіційному веб-сайті ОГП підозрюваного вважають належним чином ознайомленим з її змістом¹²⁷.

Публікація повідомлень на офіційних сайтах відповідних державних органів створює ризик не тільки для належного повідомлення підозрюваного/обвинуваченого, а й потерпілих осіб, оскільки їх дані розміщують у відкритому доступі. Органи правопорядку також інформують підозрюваних осіб шляхом повідомлень у месенджери за їхнім номером телефону або їхніх родичів, через персональні сторінки в соціальних мережах тощо. Однак у деяких випадках отримання таких повідомлень і підтвердження належності мобільних номерів не відображено належним чином у матеріалах кримінального провадження, що може впливати на допустимість таких доказів.

Процеси ускладнюються також довгоочікуваним і зрозумілим розірванням дипломатичних відносин між РФ та Україною, що позбавляє Україну можливості інформувати особу про відкрите проти неї кримінальне провадження шляхом запиту на міжнародну правову допомогу та інших правових засобів. Відсутність поштового зв'язку з РФ також унеможлиблює надсилання повідомлень про відкрите кримінальне провадження. Повідомлення шляхом вручення повістки захиснику підозрюваного може викликати питання, оскільки захисник у таких справах часто направлений через систему центрів БВПД і не має договору про надання правової допомоги з клієнтом, а відповідно й можливості належним чином комунікувати з ним та інформувати його.

Судовий контроль за спеціальним досудовим розслідуванням також викликає певні питання. З огляду на масштаби злочинів і кількість кримінальних проваджень, бойові дії, що тривають, та системні обстріли території України, слідчі судді, ухвалюючи рішення про здійснення такого провадження, часто вважають, що немає потреби перевіряти дані щодо того, чи особа виїхала на територію РФ, оголошена у

124 Case of Stoyanov v. Bulgaria // ECHR, Appl. 39206/07, Judgement 30 April 2012: <http://surl.li/rtrpq>.

125 Рішення Комітету ООН з прав людини у справі “Даніель Монгуйя Мбенге проти Заїру” (Daniel Monguya Mbenge v. Zaire) (Повідомлення № 16/1977, 1990), де Комітет ООН із прав людини дійшов висновку, що простої публікації інформації про судовий розгляд у засобах масової інформації не достатньо для задоволення вимоги про належне повідомлення, встановленої у ст. 14 Міжнародного пакту про громадянські і політичні права: https://www.worldcourts.com/hrc/eng/decisions/1983.03.25_Mbenge_v_Zaire.htm.

126 Decision on the “Admissibility Challenge by Dr. Saif Al-Islam Gaddafi pursuant to Articles 17(1)(c), 19 and 20(3) of the Rome Statute” / In the case of Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi, Situation in Libya // ICC, 05.04.2019: https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2019_01904.PDF.

127 Стаття 297-5 / Кримінальний процесуальний кодекс України (станом на 14.03.2024 р.) // Верховна Рада України, № 4651-VI, 13.04.2012: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17#n801>.

міжнародний розшук або переховується від органів слідства. Невстановлення вищевказаних фактів у межах конкретних кримінальних проваджень може призвести до подальшого перегляду законності призначення таких проваджень.

На етапі судового провадження суддя, який головує, запитує думку сторін процесу щодо задоволення клопотання прокурора про розгляд справи за спеціальною процедурою *in absentia*. Однак така дія суду є формальною, бо навіть за відмови потерпілого суд прийме рішення на користь сторони обвинувачення.

Однією з ключових проблем національного законодавства України є можливість оскарження рішень суду, винесених у порядку *in absentia*. У КПК України досі не врегульовано питання надання обвинуваченому права на оскарження вироку в справі, яку розглянули за його відсутності. При тому, судячи з позиції Верховного суду з цього питання, така можливість для особи виникає із загальних положень, які гарантують право на оскарження рішень (вироків)¹²⁸. Як наслідок, відсутність правової визначеності цього питання спричиняє додаткові ризики для визнання порушення прав сторони захисту, що є ключовим і має особливості в справах, які розглядають у спеціальному провадженні. Це також матиме негативний вплив на потерпілих, які проходять через важкі процеси кримінальних проваджень, слідчих дій, уваги медіа та постійних спогадів про травму.

Зважаючи на те, що правосуддя щодо наслідків збройного конфлікту на території України здебільшого зосереджено на представниках РФ та підконтрольних їй особах, більшість кримінальних проваджень за такими фактами здійснюються за відсутності підозрюваного/обвинуваченого (*in absentia*). Такий підхід зумовлено тим, що Україна не може розшукати та затримати таких осіб, оскільки вони перебувають на непідконтрольній їй території або у РФ. При цьому потерпілі не мають змоги обрати процедуру, за якою розглядатимуть кримінальне провадження щодо злочинів проти них, або вплинути на позицію обвинувачення.

Органи правосуддя таким чином реагують на запит суспільства на справедливість щодо найтяжчих міжнародних злочинів. Водночас, особливо після 24 лютого 2022 року, значну увагу в роботі різних органів приділяють показникам статистики щодо зареєстрованих кримінальних проваджень, повідомлень про підозру, направлених проваджень до суду, отриманих вироків. Різні органи запровадили практику регулярного оновлення та публікації такої інформації на своїх порталах, а практика розгляду справ *in absentia* за останні два роки стала тим інструментом, який дозволяє показувати зміну таких показників.

3.6. Відповідальність керівництва та співучасть у вчиненні злочину

Враховуючи те, що відповідальність за вчинення насильницьких зникнень несуть представники держави, при дослідженні таких фактів виникають питання про дії не тільки безпосередніх виконавців, а й вищих посадових осіб. Вчинення таких дій вимагає залучення ресурсів держави, а також може ставати проявом системної політики. Тому положення кримінального законодавства мають передбачати можливості для об'єктивного та незалежного притягнення таких осіб до відповідальності.

128 Постанова Верховного Суду від 28 лютого 2024 р. по справі № 753/14148/21: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/117442733>.

Конвенція закріплює за державами-учасницями обов'язок вжити необхідні заходи для притягнення до відповідальності за насильницькі зникнення, зокрема начальника, який:

- знав, що підлеглі, які перебувають під його реальною владою та контролем, скоювали або мали намір учинити злочин насильницького зникнення, або свідомо проігнорував очевидну інформацію, яка свідчить про це;
- ніс реальну відповідальність та здійснював реальний контроль стосовно діяльності, з якою був пов'язаний злочин насильницького зникнення;
- не вжив усіх необхідних і розумних заходів у рамках його повноважень для недопущення або припинення вчинення акту насильницького зникнення або для передачі цього питання до компетентних органів для розслідування та кримінального переслідування¹²⁹.

Крім цього, участь у вчиненні насильницьких зникнень може набувати різних форм, що надалі впливатиме на ступінь відповідальності особи:

1. вчинення злочину індивідуально, спільно з іншою особою або через неї, незалежно від того, чи підлягає ця особа кримінальній відповідальності;
2. віддання наказу про вчинення злочину;
3. співучасть у вчиненні злочину у формі підбурювання, спонукання, пособництва, сприяння, надання допомоги, заохочення, планування, нацькування (намовляння), схиляння, потурання, активне приховування, надання згоди;
4. замах на вчинення злочину;
5. попередня змова на вчинення злочину;
6. сприяння вчиненню або замаху на вчинення насильницького зникнення групою осіб, які діяли зі спільною метою;
7. сприяння вчиненню або замаху на вчинення насильницького зникнення в інший спосіб¹³⁰.

При кваліфікації фактів насильницьких зникнень як найтяжчих міжнародних злочинів, участь суб'єктів може розкриватись через принцип командної відповідальності. Відповідно до цього принципу військових командирів та цивільних начальників можуть притягати за незаконні діяння їхніх підлеглих, вчинені у межах їх ефективного контролю за умови, що вони знали або могли знати про вчинення цих злочинів, не виконали свої обов'язки, щоб запобігти вчиненню злочину та притягнути підлеглих до відповідальності¹³¹. Також окремою формою вчинення найтяжчих міжнародних злочинів є віддання наказу, що вимагає доведення прямого умислу на скоєння правопорушення та того, що особа була наділена владними повноваженнями щодо безпосереднього виконавця¹³².

129 Стаття 6 / Міжнародна конвенція про захист усіх осіб від насильницьких зникнень // Верховна Рада України, Конвенція, Міжнародний документ від 20.12.2006: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_154#Text

130 No impunity for enforced disappearances: Checklist for effective implementation of the International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance // Amnesty International, 09.11.2011: <https://www.amnesty.org/en/documents/ior51/006/2011/en/>

131 Article 28 // Rome Statute, 1998: <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/RS-Eng.pdf>

132 Article 25 // Rome Statute, 1998: <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/RS-Eng.pdf>

Натомість Кримінальний кодекс України пропонує обмежені можливості, щоб притягнути до відповідальності осіб з-поміж вищого керівництва за міжнародні злочини. Положення Конвенції зосереджені на основних принципах відповідальності різних виконавців насильницьких зникнень, виходячи з їхньої ролі у вчиненні злочинів. Однак при імплементації її принципів до національного законодавства, Україна обмежилася лише статтею 146-1 КК України. Форми вчинення насильницьких зникнень залишилися поза увагою законодавця. На противагу до запровадження кваліфікуючих ознак злочину, які можуть визначати ступінь відповідальності за діяння, єдиною можливістю кваліфікувати залучення різних осіб до вчинення злочину є застосування загальних правил КК України.

Стаття 27 Кримінального кодексу України закріплює загальні правила співучасті, серед яких передбачено такі форми:

- виконавець – особа, яка у співучасті з іншими суб'єктами кримінального правопорушення безпосередньо чи шляхом використання інших осіб, що відповідно до закону не підлягають кримінальній відповідальності за скоєне, вчинила кримінальне правопорушення;
- організатор – особа, яка організувала вчинення кримінального правопорушення (кримінальних правопорушень) або керувала його (їх) підготовкою чи вчиненням. Організатором також є особа, яка утворила організовану групу чи злочинну організацію або керувала нею, або особа, яка забезпечувала фінансування чи організовувала приховування кримінально протиправної діяльності організованої групи або злочинної організації;
- підбурювач – особа, яка умовлянням, підкупом, погрозою, примусом або іншим чином схилила іншого співучасника до вчинення кримінального правопорушення;
- пособник – особа, яка порадами, вказівками, наданням засобів чи знарядь або усуненням перешкод сприяла вчиненню кримінального правопорушення іншими співучасниками, а також особа, яка заздальгідь обіцяла переховати особу, яка вчинила кримінальне правопорушення, знаряддя чи засоби вчинення кримінального правопорушення, сліди кримінального правопорушення чи предмети, здобуті кримінально протиправним шляхом, придбати чи збути такі предмети або іншим чином сприяти приховуванню кримінального правопорушення¹³³.

КК України також дає можливість додатково кваліфікувати спільне вчинення злочину кількома виконавцями: вчинений групою осіб (дві або більше особи); вчинений за попередньою змовою групою осіб (дві або більше особи); вчинений організованою групою (три або більше особи); вчинений злочинною організацією (п'ять або більше осіб)¹³⁴.

Такий підхід до кваліфікації насильницьких зникнень нівелює гарантії, закріплені Конвенцією. При дослідженні ролі виконавців різних рівнів під час вчинення злочину за загальними правилами співучасті чи спільного вчинення злочину втрачаються характеристики суб'єкта, які вказують на характер грубого порушення прав людини та тяжкий характер діяння. Такий підхід не оцінює належним чином ці діяння з точки зору підвищеного рівня їх суспільної небезпеки. Це створює ризик, що частина

133 Стаття 27 / Кримінальний кодекс України (станом на 14.03.2024 р.) // Верховна Рада України, № 2341-III, 05.04.2001: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14/ed20240101#n313>.

134 Стаття 28 / Кримінальний кодекс України (станом на 14.03.2024 р.) // Верховна Рада України, № 2341-III, 05.04.2001: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14/ed20240101#n313>.

виконавців насильницьких зникнень фактично залишаються поза розслідуванням та кримінальною відповідальністю.

Крім того, проблемним питанням у практиці дослідження насильницьких зникнень, вчинених в умовах збройного конфлікту, є притягнення до відповідальності військових командирів та цивільних начальників. Незважаючи на ініціативи внесення змін до КК України щодо запровадження командної відповідальності за проектами законів № 2689 та № 7290, вони так і не отримали підтримки від парламенту. Хоча міжнародне звичаєве право прямо не охоплено диспозицією статті 438 КК України, це не заважає на рівні практики враховувати звичаєві норми для тлумачення міжнародних договорів, зокрема в контексті відповідальності начальників¹³⁵.

3.7. Обставини, що пом'якшують покарання

Разом із вимогами, що визначають характер самого злочину у формі насильницького зникнення, Конвенція визначає фактори, які слід враховувати, призначаючи покарання. Стаття 7 Конвенції передбачає обставини, які можуть впливати на пом'якшення покарання. Їх можна застосувати до осіб, які:

- ефективно сприяють поверненню зниклої особи живою;
- дають можливість з'ясувати обставини насильницьких зникнень;
- ідентифікують осіб, які вчинили насильницьке зникнення¹³⁶.

Водночас міжнародні стандарти дослідження найтяжчих міжнародних злочинів передбачають, що при вирішенні питання щодо застосування пом'якшувальних обставин під час провадження проти особи слід врахувати поведінку засудженого після вчинення діяння, включаючи будь-які зусилля особи, спрямовані на відшкодування шкоди потерпілим, і будь-яку співпрацю з судом¹³⁷.

У цьому аспекті КК України містить загальні положення, які застосовують при вирішенні питання про пом'якшення покарання до всіх статей особливої частини.

135 Відповідно до частини першої ст. 15 Закону України «Про міжнародні договори України» Україна підтвердила проголошене в ст. 18 Конституції України прагнення неухильно дотримуватися загальноновизнаних принципів і норм міжнародного права, на що свого часу звернув увагу Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ і пояснив, що під загальноновизнаною нормою міжнародного права судам слід розуміти правило поведінки, що приймається і визнається міжнародною спільнотою держав у цілому як юридично обов'язкове. // Пункт 15 постанови Пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 19.12.2014 р. № 13 «Про застосування судами міжнародних договорів України при здійсненні правосуддя»: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0013740-14#Text>.

136 Стаття 7 / Міжнародна конвенція про захист усіх осіб від насильницьких зникнень // Верховна Рада України, Конвенція, Міжнародний документ від 20.12.2006: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_154#Text.

137 Article 77 // Rome Statute ICC, 1998: <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/RS-Eng.pdf>. Rule 145(2) (b) // Rules of Procedure and Evidence of the International Criminal Court: <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/RulesProcedureEvidenceEng.pdf>. Article 24 / Statute of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY Statute) // UN, 1993: http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_sept09_en.pdf. Article 23 / Statute for the International Tribunal for Rwanda (ICTR Statute) // <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/statute-international-criminal-tribunal-prosecution-persons#:~:text=Additional%20Protocol%20II-.The%20International%20Tribunal%20for%20Rwanda%20shall%20have%20the%20power%20to,thereto%20of%208%20June%201977>.

UNTAET Regulation 2000/15 (establishing the Special Panels for Serious Crimes, Dili, East Timor) // UN, 06.06.2000, Sect. 10: <https://peacekeeping.un.org/sites/default/files/past/etimor/untaetR/Reg0015E.pdf>. Article 19 / Statute of the Special Court for Sierra Leone (Sierra Leone Statute) // UN, 2000: <https://www.refworld.org/legal/constinstr/unscl/2002/en/43606>. Article 38 / Cambodian Law on the Establishment of the Extraordinary Chambers, with inclusion of amendments as promulgated on 27 Oct. 2004 (NS/RKM/1004/006) (Cambodian Extraordinary Chambers Law): (http://www.cambodiatribunal.org/sites/default/files/resources/Domestic_Cambodian_Law_as_amended_27_Oct_2004_Eng.pdf).

Якщо аналізувати ці положення у розрізі їх можливого застосування до фактів насильницьких зникнень, релевантними можуть бути такі обставини:

- з'явлення із зізнанням, щире каяття або активне сприяння розкриттю кримінального правопорушення;
- добровільне відшкодування завданого збитку або усунення заподіяної шкоди;
- надання медичної або іншої допомоги потерпілому безпосередньо після вчинення кримінального правопорушення;
- вчинення кримінального правопорушення під впливом погрози, примусу або через матеріальну, службову чи іншу залежність;
- виконання спеціального завдання з попередження чи розкриття злочинної діяльності організованої групи чи злочинної організації, поєднане з вчиненням кримінального правопорушення¹³⁸.

Попри те, що ці обставини мають загальний характер, їх тлумачення на практиці буде впливати на співвідношення цих умов до вимог Конвенції у випадках насильницьких зникнень. Наразі підходи дослідження цих випадків системою правосуддя України не є розвинутими, враховуючи кваліфікацію фактів, вчинених в умовах збройною конфлікту як за статтею 146-1 КК України, так і за статтею 438 КК України. Їхні положення прямо не передбачають конкретних обставин, які можуть пом'якшувати покарання. Тому те, наскільки їх застосування при дослідженні випадків насильницьких зникнень буде відповідати міжнародним стандартам, залишається у відданні судів.

3.8. Обставини, що обтяжують покарання

Окрім можливостей для пом'якшення покарання, міжнародні стандарти дослідження насильницьких зникнень передбачають обставини, які його обтяжують. Конвенція у цьому аспекті звертає увагу на характеристики постраждалої особи. Так, обтяжуючими обставинами при визначенні покарання є смерть зниклої особи чи вчинення акту насильницького зникнення стосовно вагітних жінок, неповнолітніх, інвалідів або інших особливо вразливих осіб¹³⁹. Підходи міжнародного кримінального права також звертають увагу на такі фактори:

- будь-які відповідні попередні судимості за злочини, передбачені міжнародним правом або подібного характеру;
- зловживання владою або службовим становищем;
- вчинення злочину в особливо беззахисному стані потерпілого;
- вчинення злочину з особливою жорстокістю або за наявності кількох потерпілих;
- вчинення злочину з будь-якого мотиву, пов'язаного з дискримінацією за такими ознаками, як стать, вік, раса, колір шкіри, мова, релігія або переконання,

138 Стаття 66 / Кримінальний кодекс України (станом на 14.03.2024 р.) // Верховна Рада України, № 2341-III, 05.04.2001: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14/ed20240101#n313>.

139 Стаття 7 / Міжнародна конвенція про захист усіх осіб від насильницьких зникнень // Верховна Рада України, Конвенція, Міжнародний документ від 20.12.2006: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_154#Text.

політичні або інші погляди, національне, етнічне або соціальне походження, майновий стан, народження або інший статус;

інші обставини, не перераховані вище, які проте за своєю природою подібні до згаданих¹⁴⁰.

Кримінальний кодекс України передбачає ширший та вичерпніший перелік обставин, які обтяжують покарання та є загальними для всіх злочинів особливої частини. Серед них, зокрема:

- вчинення злочину особою повторно та рецидив злочинів;
- вчинення кримінального правопорушення на ґрунті расової, національної, релігійної ворожнечі чи розбрату або на ґрунті статевої належності;
- вчинення кримінального правопорушення у зв'язку з виконанням потерпілим службового або громадського обов'язку;
- тяжкі наслідки, завдані злочином;
- вчинення кримінального правопорушення щодо особи похилого віку, особи з інвалідністю або особи, яка перебуває в безпорадному стані, або особи, яка страждає на психічний розлад, зокрема на недоумство, має вади розумового розвитку, а також вчинення кримінального правопорушення щодо малолітньої дитини або у присутності дитини;
- вчинення злочину з особливою жорстокістю¹⁴¹.

Також з цього переліку варто звернути увагу на таку обставину, як вчинення злочину з використанням умов воєнного або надзвичайного стану, інших надзвичайних подій¹⁴². У контексті фактів насильницьких зникнень, вчинених в умовах збройного конфлікту, незрозуміло, як ця обставина може впливати на дослідження цих випадків, оскільки зв'язок такого діяння зі збройним конфліктом є умовою для застосування правової кваліфікації за статтею 438 КК України. При цьому важливо враховувати, що воєнний стан в Україні було запроваджено лише з 24 лютого 2022 року¹⁴³, а до цього цю обставину можливо розглядати лише в умовах проведення антитерористичної операції з 2014 року¹⁴⁴ чи операції об'єднаних сил з 2018 року¹⁴⁵ в окремих регіонах України.

140 Пункт 3 статті 21 // Римський Статут Міжнародного кримінального суду, 17.07.1998 // Міжнародний Кримінальний Суд: <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/RS-Eng.pdf>. Rule 145(2)(b) // Rules of Procedure and Evidence of the International Criminal Court: <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/RulesProcedureEvidenceEng.pdf>.

141 Стаття 67 / Кримінальний кодекс України (станом на 14.03.2024 р.) // Верховна Рада України, № 2341-III, 05.04.2001: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14/ed20240101#n313>.

142 Стаття 67 / Кримінальний кодекс України (станом на 14.03.2024 р.) // Верховна Рада України, № 2341-III, 05.04.2001: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14/ed20240101#n313>.

143 Президент підписав указ про запровадження воєнного стану в Україні, Верховна Рада його затвердила // Президент України, 24.02.2022: <https://www.president.gov.ua/news/prezident-pidpisav-ukaz-pro-zaprovadzhennya-voyennogo-stanu-73109>.

144 Про рішення Ради національної безпеки і оборони України від 13 квітня 2014 року "Про невідкладні заходи щодо подолання терористичної загрози і збереження територіальної цілісності України" / Указ // Президент України, № 405/2014, 14.04.2014: <https://www.president.gov.ua/documents/4052014-16886>.

145 Закон України "Про особливості державної політики із забезпечення державного суверенітету України на тимчасово окупованих територіях у Донецькій та Луганській областях" // Верховна рада України, № 2268-VIII, 18.01.2018: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2268-VIII#Text>. Про рішення Ради національної безпеки і оборони України від 30 квітня 2018 року "Про широкомасштабну антитерористичну операцію в Донецькій та Луганській областях" / Указ // Президент України, № 116/2018, 30.04.2018: <https://www.president.gov.ua/documents/1162018-24086>.

Водночас статті КК України, за якими кваліфікують факти насильницьких зникнень, передбачають додаткові обставини, які обтяжують покарання:

- видання наказу або розпорядження про вчинення дій¹⁴⁶;
- невжиття керівником, якому стало відомо про вчинення дій його підлеглими, заходів для їх припинення та неповідомлення компетентних органів про злочин¹⁴⁷;
- поєднання діяння (порушення законів та звичаїв війни) з умисним вбивством¹⁴⁸.

Включення цих обставин як кваліфікуючих ознак за частинами статей КК України автоматично збільшує тяжкість такого злочину та підвищує можливу міру покарання, яку можна застосувати в такому випадку. При тому, не має вимоги дублювати ці обставини загальними вимогами за КК України при правовій кваліфікації діяння.

Втім, на практиці можуть виникати питання до аналізу самого змісту порушення. Наприклад, при кваліфікації за статтею 146-1 КК України смерть особи, спричинену внаслідок насильницького зникнення, можна кваліфікувати або з посиланням на обставину, яка обтяжує покарання, або з додатковою кваліфікацією за статтею 115 КК України “Умисне вбивство”. Останній варіант за цих умов може втратити контекст загибелі особи через насильницьке зникнення, бо при цьому необхідно доводити, що виконавець при вчиненні такого діяння мав умисел на заподіяння смерті особі. Аналогічна ситуація буде виникати при кваліфікації насильницького зникнення як порушення законів та звичаїв війни за частиною 2 статті 438 КК України, яка потребуватиме доведення спеціального умислу на заподіяння смерті особі.

3.9. Співпраця з іншими країнами

Положення Конвенції приділяють досить багато уваги механізмам співпраці між державами при розслідуванні фактів насильницьких зникнень. Зокрема, зобов'язання держави мають включати:

- взяття під варту підозрюваних осіб для вирішення питання їх передачі або екстрадиції¹⁴⁹;
- проведення попереднього слідства чи розслідування, результати яких дозволяють вирішити питання про екстрадицію¹⁵⁰;
- можливість затриманої особи зв'язатися з представництвом держави її громадянства чи держави її звичайного проживання¹⁵¹;

146 Частина 2 статті 146-1 / Кримінальний кодекс України (станом на 14.03.2024 р.) // Верховна Рада України, № 2341-III, 05.04.2001: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14/ed20240101#n313>.

147 Частина 2 статті 146-1 / Кримінальний кодекс України (станом на 14.03.2024 р.) // Верховна Рада України, № 2341-III, 05.04.2001: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14/ed20240101#n313>.

148 Частина 2 статті 438 / Кримінальний кодекс України (станом на 14.03.2024 р.) // Верховна Рада України, № 2341-III, 05.04.2001: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14/ed20240101#n313>.

149 Частина 1 статті 10 / Міжнародна конвенція про захист усіх осіб від насильницьких зникнень // Верховна Рада України, Конвенція, Міжнародний документ від 20.12.2006: <http://surl.li/kjsxb>.

150 Частина 2 статті 10 / Міжнародна конвенція про захист усіх осіб від насильницьких зникнень // Верховна Рада України, Конвенція, Міжнародний документ від 20.12.2006: <http://surl.li/kjsxb>.

151 Частина 3 статті 10 / Міжнародна конвенція про захист усіх осіб від насильницьких зникнень // Верховна Рада України, Конвенція, Міжнародний документ від 20.12.2006: <http://surl.li/kjsxb>.

- можливість здійснювати переслідування компетентними органами, якщо не вирішується питання про передачу або екстрадицію затриманої особи¹⁵²;
- можливість здійснювати видачу або екстрадицію таких осіб¹⁵³;
- надання взаємної правової допомоги при розслідуванні таких фактів¹⁵⁴;
- сприяння в наданні допомоги жертвам насильницьких зникнень, у розшуку, у визначенні місцезнаходження чи звільненні зниклих осіб, а в разі смерті – в ексгумації, ідентифікації особи зниклих та поверненні їхніх останків¹⁵⁵.

Законодавство України визначає загальні умови міжнародно-правового співробітництва з іншими державами, які можна використати в межах кримінальних проваджень. Ці положення є загальними для всіх категорій злочинів та не містять особливостей залежно від їх виду. Таке співробітництво може включати вручення документів, виконання окремих процесуальних дій, видачу осіб, які вчинили кримінальне правопорушення, тимчасову передачу осіб, перейняття кримінального переслідування, передачу засуджених осіб та виконання вироків¹⁵⁶. Крім того, інші форми міжнародно-правового співробітництва можуть бути передбачені договорами, чинними для України¹⁵⁷.

На практиці, особливо в умовах збройного конфлікту, для органів правосуддя України допомога інших країн стала додатковим інструментом для посилення розслідувань на національному рівні. Крім залучення міжнародної технічної допомоги на закупівлю технічного обладнання, засобів пересування та програмного забезпечення, які запитує українська сторона, слідчі та прокурори у провадженнях використовують можливості звернення з міжнародно-правовою допомогою до інших країн¹⁵⁸. Під час розслідування формують запити до інших країн на проведення окремих процесуальних дій, уточнення даних осіб чи проведення їх розшуку. Однак бюрократичні процедури, пов'язані з перекладом, затвердженням, направленням та розглядом таких запитів не відповідають оперативності висунутих вимог. Зокрема, на етапі розслідування запити про міжнародно-правову допомогу здійснюють через Департамент міжнародно-правового співробітництва Офісу Генерального прокурора, на якому фактично зосереджено все навантаження з вирішення технічних питань.

Іншим інструментом стала можливість створення спільних слідчих груп із різними країнами. Зокрема, такі групи можуть створювати для розслідування одного кримінального провадження, у межах якого порушено інтереси кількох держав, з провідною позицією однією з них. При цьому у межах такої діяльності чітко має бути

152 Стаття 11 / Міжнародна конвенція про захист усіх осіб від насильницьких зникнень // Верховна Рада України, Конвенція, Міжнародний документ від 20.12.2006: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_154#Text

153 Стаття 13 / Міжнародна конвенція про захист усіх осіб від насильницьких зникнень // Верховна Рада України, Конвенція, Міжнародний документ від 20.12.2006: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_154#Text

154 Стаття 14 / Міжнародна конвенція про захист усіх осіб від насильницьких зникнень // Верховна Рада України, Конвенція, Міжнародний документ від 20.12.2006: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_154#Text

155 Стаття 15 / Міжнародна конвенція про захист усіх осіб від насильницьких зникнень // Верховна Рада України, Конвенція, Міжнародний документ від 20.12.2006: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_154#Text

156 Стаття 542 / Кримінальний процесуальний кодекс України (станом на 14.03.2024 р.) // Верховна Рада України, № 4651-VI, 13.04.2012: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17#n801>

157 Стаття 542 / Кримінальний процесуальний кодекс України (станом на 14.03.2024 р.) // Верховна Рада України, № 4651-VI, 13.04.2012: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17#n801>

158 Стаття 541 / Кримінальний процесуальний кодекс України (станом на 14.03.2024 р.) // Верховна Рада України, № 4651-VI, 13.04.2012: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17#n801>

визначений предмет і завдання розслідування, а також юрисдикція, яка буде у подальшому розглядати справу в судовому порядку¹⁵⁹.

25 березня 2022 року, після початку повномасштабного вторгнення Російської Федерації на територію України, за підтримки Євроюсту було створено спільну слідчу групу щодо розслідування найтяжчих міжнародних злочинів, скоєних в Україні, до складу якої наразі входять національні органи влади семи держав: України, Литви, Польщі, Естонії, Латвії, Румунії та Словаччини. Учасниками ССГ є також Офіс прокурора Міжнародного кримінального суду, Європол та Департамент юстиції США. ССГ створили для посилення співпраці між залученими державами задля ефективного розслідування міжнародних злочинів, вчинених на території України, притягнення винних до відповідальності та посилення взаємодії з МКС щодо справ, які можуть бути передані на його розгляд.

Від роботи цієї спільної слідчої групи є досить багато очікувань, які можуть не виправдатись. Її діяльність може бути ефективним інструментом для обміну інформацією між державами, серед іншого щодо фактів насильницьких зникнень, відомостей про долю постраждалих осіб, а також ймовірних виконавців злочинів. Проте фокус роботи такої групи, за повідомленнями з відкритих джерел, є досить широким, тож без визначення конкретних пріоритетів такої співпраці більшість фактів може загубитися серед всього масиву порушень. Крім того, незрозумілою є готовність інших країн переймати розгляд кримінальних проваджень у межах своїх національних юрисдикцій, що потенційно могло би розвантажити систему правосуддя України.

На додаток до цього, нововведенням до КПК України після 24 лютого 2022 року стали положення, які регламентують співпрацю України з Міжнародним кримінальним судом¹⁶⁰. Попри те, що Україна досі не ратифікувала Римський статут МКС та не приєдналась до системи Суду, ці положення визначають порядок передачі інформації до МКС та умови співробітництва. Зокрема, норми визначають можливість доступу представників Суду до місць вчинення злочинів та зобов'язання України надавати інформацію за запитом МКС. Водночас ці положення залишають широкі повноваження Офісу Генерального прокурора як органу, відповідального за співпрацю на етапі розслідування МКС, та надають право приймати рішення щодо того, який доступ отримають слідчі та прокурори Суду на місці¹⁶¹.

159 Стаття 571 / Кримінальний процесуальний кодекс України (станом на 14.03.2024 р.) // Верховна Рада України, № 4651-VI, 13.04.2012: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17#n801>.

160 Розділ IX / Кримінальний процесуальний кодекс України (станом на 14.03.2024 р.) // Верховна Рада України, № 4651-VI, 13.04.2012: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17#n801>.

161 Стаття 624 / Кримінальний процесуальний кодекс України // Верховна рада України, № 4651-VI, 13.04.2012: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17/conv#n2078>.

4 Ефективність гарантій для постраждалих від насильницьких зникнень

4.1. Відповідальні органи та координація між ними

На додаток до зобов'язання продовжувати розслідування до з'ясування долі зниклої особи, згідно зі статтею 24 Конвенції держави-учасниці повинні передбачити на рівні законодавства та вживати відповідні заходи на практиці для визначення правового статусу таких осіб та їхніх родичів у таких сферах, як соціальне забезпечення, фінансові питання, сімейне право та право власності. Це означає, що держави повинні створити на національному рівні механізми для визначення правосуб'єктності зниклих осіб. Також держави мають передбачити процедури для видачі на вимогу родичів, інших зацікавлених осіб або компетентного органу відповідного документу про визнання особи безвісно відсутньою, якщо ця особа була відсутня протягом певного періоду часу. Для захисту інтересів і потреб зниклої особи та її утриманців під судовим або адміністративним контролем призначають представника, який захищає інтереси і потреби зниклої особи та її утриманців. Серед іншого, це дає представнику право захищати права зниклої особи та управляти її майном і активами в її інтересах. Такий механізм також дає право утриманцям зниклої особи на фінансову допомогу у вигляді грошової виплати з активів зниклої особи, якщо державна допомога недоступна. Він також має надавати право родичам та утриманцям зниклої особи вимагати допомоги та соціальних виплат відповідно до їхніх конкретних потреб¹⁶². Держави-учасниці повинні запровадити ефективні процедури та умови для оголошення смерті зниклих осіб, включаючи дату смерті та наслідки такого оголошення.

Стаття 24 Конвенції вимагає, щоб держави-учасниці ефективно гарантували право створювати організації та асоціації, які займаються встановленням обставин насильницьких зникнень і долі зниклих осіб, а також наданням допомоги постраждалим від насильницьких зникнень, і вільно брати в них участь, а також надавати їм допомогу. Це право визнається в інших міжнародних правових нормах і стандартах. Крім того, воно передбачає захист тих, хто бере участь у цих організаціях, якщо це необхідно¹⁶³. Держави-учасниці повинні гарантувати право на об'єднання, які намагаються встановити обставини насильницьких зникнень і долю зниклих осіб, надава-

162 Missing persons, A Handbook for Parliamentarians, // ICRC // 2009, pp. 50 – 53; <http://surl.li/rtzwmw>

163 Стаття 20 / Загальна Декларація з прав людини (Universal Declaration of Human Rights) //Резолюція, Генеральна Асамблея Організації Об'єднаних Націй, No.217 А від 10.12.1948 р. <https://www.un.org/en/about-us/universal-declaration-of-human-rights>; Стаття 22 /Міжнародний пакт про громадянські та політичні права (International Covenant on Civil and Political Rights або ICCPR) // Резолюція, Генеральна Асамблея Організації Об'єднаних Націй, No. 2200A (XXI) від 16 грудня 1966 року (набрання чинності 23 березня 1976 року), https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_043#Text , <http://surl.li/bszjw>

ти допомогу постраждалим від насильницьких зникнень, а також захищати тих, хто бере участь в таких об'єднаннях.

Питання насильницьких зникнень визначено у повноваженнях ряду державних органів України. Їх повноваження пов'язані або із захистом прав осіб у межах території України, або із викликами, які виникли після початку збройного конфлікту у 2014 році та поглибились після 24 лютого 2022 року. Основну роль при цьому відіграють:

- 1. Національне інформаційне бюро** – спеціальний орган, створений Урядом України в умовах міжнародного збройного конфлікту, який відповідно до Женевських конвенцій 1949 р.¹⁶⁴ здійснює збір та узагальнення даних про військовополонених, загиблих, зниклих безвісти, незаконно затриманих супротивною стороною цивільних осіб та передає таку інформацію до правоохоронних органів, міжнародних гуманітарних місій (МКЧХ), організацій для ведення перемовин щодо їх звільнення та/або передачі. НІБ веде реєстр оборонців України, до якого вносять дані про зниклих безвісти, таких, які перебувають у полоні, військовослужбовців і цивільних осіб. НІБ централізує інформацію про захищених осіб, які опинилися під владою супротивної сторони конфлікту, та повідомляє сім'ям про долю їхніх близьких і рідних. Вказаний орган створено 17.03.2022 р. (після повномасштабного вторгнення РФ в Україну) на базі Державного підприємства “Український національний центр розбудови миру”, яке належить до сфери управління Міністерства з питань реінтеграції тимчасово окупованих територій¹⁶⁵.
- 2. Уповноважений Верховної Ради України з прав людини** – посадова особа, яка здійснює парламентський контроль за додержанням конституційних прав та свобод людини і громадянина на захист прав кожного на території України і в межах її юрисдикції на постійній основі, до яких входить і право на свободу, що порушується у випадках викрадення цивільних громадян. Зокрема, саме Уповноважений веде комунікацію з Тетяною Москальковою – Уповноваженою з прав людини в РФ, у встановленому порядку обмінюючись інформацією щодо осіб, яких утримують у місцях несвободи або місцезнаходження яких не встановлено. Також Уповноважений 13 січня 2023 року особисто передав Москальковій перший список цивільних українських заручників на зустрічі в Анкарі, Туреччина. Список включав імена двох тисяч людей, які увійшли за віковим критерієм 65+ та які мають суттєві хвороби.
- 3. Робоча група щодо питань цивільних заручників у Координаційному штабі з питань поводження з військовополоненими** – у травні 2023 року Уповноважений ВР України з прав людини повідомив, що у Координаційному штабі створено окрему робочу групу, яка опікується питаннями цивільних заручників. Цю групу очолив представник Уповноваженого з прав людини Олександр Кононенко. Загалом за період роботи штабу до України вдалося повернути 2279 громадян, з них 142 цивільних, і комунікація з російською стороною з цього приводу триває.

164 Стаття 122 / Женевська конвенція (III) про поводження з військовополоненими від 12.08.1949 // Верховна Рада України, Конвенція, Міжнародний документ від 12.08.1949 року: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_153#Text. Стаття 136 / Женевська конвенція (IV) про захист цивільного населення під час війни від 12.08.1949 // Верховна Рада України, Конвенція, Міжнародний документ від 12.08.1949 року: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_154#Text.

165 Розпорядження Кабінету Міністрів України “Про визначення державного підприємства, яке виконує функції Національного інформаційного бюро” // Верховна Рада України, № 228-р, 17 березня 2022 р.: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/228-2022-%D1%80#Text>

4. Міністерство внутрішніх справ України – відповідно до профільного закону, саме органи внутрішніх справ відповідальні за прийняття заяв та подальше розслідування повідомлень про викрадення або зникнення безвісти цивільних осіб. Тому саме обов'язком міністерства є вжиття заходів на практиці, спрямованих на встановлення долі осіб, які постраждали від насильницьких зникнень¹⁶⁶. Для цього в складі МВС було створено **Управління з питань осіб, зниклих безвісти за особливих обставин МВС (Секретаріат Уповноваженого з питань осіб, зниклих безвісти за особливих обставин)**¹⁶⁷. Завданнями Управління (Секретаріату Уповноваженого) є:

- забезпечення формування та реалізації державної політики МВС у сфері дотримання норм МГП на всій території України у частині координації розшуку осіб, зниклих безвісти за особливих обставин, та вирішення інших пов'язаних із цим питань відповідно до Закону України “Про правовий статус осіб, зниклих безвісти за особливих обставин”;
- забезпечення діяльності Уповноваженого з питань осіб, зниклих безвісти за особливих обставин;
- забезпечення функціонування Єдиного реєстру осіб, зниклих безвісти за особливих обставин¹⁶⁸.

Також в Управлінні передбачено посаду Уповноваженого з питань осіб, зниклих безвісти за особливих обставин. Це посадова особа МВС, на яку покладено повноваження щодо координації розшуку осіб, зниклих безвісти за особливих обставин, та вирішення інших пов'язаних із цим питань відповідно до Закону України “Про правовий статус осіб, зниклих безвісти за особливих обставин”.

Зважаючи на наявність чотирьох окремих органів, діяльність яких пов'язана з правовим статусом постраждалих від насильницьких зникнень, найбільшим викликом на практиці є забезпечення ефективної взаємодії між ними. Координація між цими органами потребує вдосконалення. Наприклад, кожен із них веде бази даних зі списками постраждалих осіб, які при цьому не синхронізовані між собою, тому кількість осіб, що там обліковуються, не збігається. Деякі родини повідомляють, що отримували повідомлення про відсутність інформації про особу в Єдиному реєстрі осіб, зниклих за особливих обставин, тоді, як інформація щодо тієї самої особи була в НІБ.

166 З 1 жовтня 2023 р. МВС України стало головним органом, який координує пошук українців, зниклих безвісти за особливих обставин. Функціонал щодо зниклих безвісти передано від Мінреінтеграції до МВС, Міноборони та Координаційного штабу з питань поводження з військовополоненими. / Питання визначення повноважень деяких органів у сфері дотримання норм міжнародного гуманітарного права на всій території України / Постанова // Кабінет Міністрів України, № 975, 12.09.2023: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/975-2023-%D0%BF#Text>

167 Про затвердження Положення про Міністерство внутрішніх справ України / Постанова // Кабінет Міністрів України, № 878, 28.10.2015: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/878-2015-%D0%BF#n10>. Постанова Кабінету Міністрів України “Питання визначення повноважень деяких органів у сфері дотримання норм міжнародного гуманітарного права на всій території України” // Верховна Рада України, № 975 від 12 вересня 2023 р.: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/975-2023-%D0%BF#Text>

168 Управління з питань осіб, зниклих безвісти за особливих обставин (Секретаріат Уповноваженого з питань осіб, зниклих безвісти за особливих обставин) // Портал Міністерства внутрішніх справ України: <https://mvs.gov.ua/uk/struktura/upravlinnia-z-pitan-osib-zniklix-bezvisti-za-osoblivix-obstavin-sekretariat-upovnovazhenogo-z-pitan-osib-zniklix-bezvisti-za-osoblivix-obstavin>

4.2. Запровадження Єдиного реєстру осіб, зниклих безвісти за особливих обставин

Попри те, що Закон України “Про правовий статус осіб, зниклих безвісти” у 2018 році передбачив створення Єдиного реєстру осіб, зниклих безвісти за особливих обставин, фактично його створили лише у 2022 році. 2 травня 2023 року його було запущено. Єдиний реєстр осіб, зниклих безвісти за особливих обставин, – це електронна база даних, призначена для зберігання, захисту, обробки, використання і поширення інформації про осіб, зниклих безвісти за особливих обставин, їх невідомі останки, наявність чи відсутність рішення суду про визнання осіб, зниклих безвісти, безвісно відсутніми або оголошення померлими, а також інших даних, які використовують для забезпечення обліку осіб, зниклих безвісти, з метою їх розшуку¹⁶⁹. Держателем Реєстру є Міністерство внутрішніх справ України. До наповнення Реєстру інформацією долучаються Національна поліція України, Служба безпеки України, Національна гвардія України, Уповноважений з питань осіб, зниклих безвісти за особливих обставин, Міністерство оборони України, Міністерство охорони здоров'я України, Офіс Генерального прокурора, Державна міграційна служба України, Департамент з питань виконання кримінальних покарань, міжрегіональні управління з питань виконання кримінальних покарань Міністерства юстиції, уповноважені органи з питань пробації, Державна судова адміністрація України, Державна служба України з надзвичайних ситуацій, Міністерство розвитку громад та територій України, Державна прикордонна служба України, Експертна служба Міністерства внутрішніх справ України, місцеві органи виконавчої влади.

На практиці проблематичним є те, що у цьому Реєстрі обліковуються як військові, які зникли при виконанні бойових завдань або щодо яких є непідтверджена інформація про поранення або смерть (проте ані пораненого, ані тіла загиблого немає), так і цивільні особи, які зникли, зокрема, після обстрілу населеного пункту або зв'язок з якими було втрачено, оскільки місце їх перебування опинилося під контролем сторони збройного конфлікту, або якщо немає підтверджених даних про їхню загибель чи перебування у місцях несвободи. Також до Реєстру включено всі випадки, коли з людиною (військовою або цивільною) втрачено зв'язок, і є підстави вважати її зниклою внаслідок надзвичайних ситуацій природного чи техногенного характеру. До цього Реєстру включені також цивільні особи, які стали жертвами насильницьких викрадень або свавільних затримань, однак окремої бази, що обліковує такі випадки, немає.

Крім того, не врегульовано питання про статус такої інформації та її подальше використання. Враховуючи що кожен уповноважений орган має власну базу даних для обліку інформації, Реєстр повинен акумулювати в собі ці дані. Також відкритим є питання його взаємодії з ЄРДР та даними, встановленими в результаті розслідування, оскільки відповідно до вимог КПК України такі дані не можуть бути поширені. Це ж стосується і можливості передавати інформацію з Реєстру до кримінальних проваджень.

169 Про затвердження Положення про Єдиний реєстр осіб, зниклих безвісти за особливих обставин / Наказ // Міністерство внутрішніх справ України, № 535, 29.08.2022: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0998-22#Text>

4.3. Відшкодування шкоди у кримінальному провадженні

Вимоги Міжнародного пакту про громадянські та політичні права передбачають зобов'язання держав-учасниць:

- забезпечити всякій особі, права і свободи якої порушено, ефективний засіб правового захисту, навіть коли це порушення було вчинене особами, що діяли як особи офіційні;
- забезпечити, щоб право на правовий захист для будь-якої особи, яка потребує такого захисту, встановлювалось компетентними судовими, адміністративними чи законодавчими органами влади або будь-яким іншим компетентним органом, передбаченим правовою системою держави, і розвивати можливості судового захисту;
- забезпечити застосування компетентною владою засобів правового захисту, коли вони надаються¹⁷⁰.

Серед іншого, Конвенція передбачає обов'язок держав встановлювати однакові строки давності як для кримінальних проваджень, так і для цивільних деліктних позовів, незалежно від того, чи їх подають у порядку цивільного судочинства, чи в рамках кримінального провадження¹⁷¹. Якщо національне законодавство все ж застосовує строки давності до злочину насильницького зникнення, Конвенція вимагає, щоб було дотримано таких вимог:

- строки давності для цивільних позовів повинні мати, принаймні, однакову тривалість із кримінальними строками та розпочинатися з моменту припинення злочину насильницького зникнення;
- засіб правового захисту має бути "ефективним"¹⁷².

Це передбачає, що перебіг строку позовної давності повинен призупинятися, якщо засоби правового захисту протягом цього періоду є неефективними або недоступними. При тому, якщо засіб правового захисту більше не є ефективними, перебіг строку давності, що стосується актів насильницьких зникнень, зупиняється до відновлення дії цих засобів¹⁷³.

Відповідно до Принципів захисту та заохочення прав людини шляхом боротьби з безкарністю (Принцип 23), для того, щоб гарантувати право на ефективний засіб правового захисту, жодні строки давності не повинні застосовуватися до кримінальних, цивільних або адміністративних позовів, поданих жертвами, які вимагають відшкодування за завдану їм шкоду¹⁷⁴. Оскільки строки давності не застосовують до злочину проти людяності – насильницьких зникнень, їх не застосовують до кримі-

170 Міжнародний пакт про громадянські та політичні права // Верховна рада України, 16.12.1966: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_043#Text.

171 Стаття 8 та стаття 24 / Міжнародна конвенція про захист усіх осіб від насильницьких зникнень // Верховна Рада України, 20.12.2006: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_154#Text.

172 Стаття 8(2) / Міжнародна конвенція про захист усіх осіб від насильницьких зникнень // Верховна Рада України, 20.12.2006: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_154#Text.

173 Стаття 17(2) / Резолюція 47/133 Генеральної Асамблеї ООН від 18 грудня 1992 року "Декларація про захист усіх осіб від насильницького зникнення" // Верховна Рада України, Міжнародний документ: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_225#top.

174 Report of the independent expert to update the Set of principle to combat impunity / Diane Orentlicher // UN Economic and Social Council, E/CN.4/102/Add.1, 08.02.2005: <http://daccess-ddsny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G05/109/00/PDF/G0510900.pdf?OpenElement>.

нальних або цивільних проваджень, у яких жертви злочину насильницького зникнення мають право шукати ефективний засіб правового захисту.

КПК України передбачає право постраждалих від насильницьких злочинів звернутися з цивільним позовом для відшкодування завданої шкоди у межах кримінального провадження¹⁷⁵. Головною вимогою для звернення є те, що особі завдано майнової та/або моральної шкоди¹⁷⁶. Сама претензія може бути пред'явлена до підозрюваного, обвинуваченого або до фізичної чи юридичної особи, яка за законом несе цивільну відповідальність за шкоду, завдану діяннями підозрюваного, обвинуваченого або неосудної особи, яка вчинила суспільно небезпечне діяння¹⁷⁷. Вимоги кримінального процесуального законодавства України обмежують строк для подання такого позову – до моменту початку судового розгляду справи¹⁷⁸.

Цей правовий механізм є загальним для всіх фактів кримінальних правопорушень. Попри те, що вимоги законодавства обмежують строк для подання такої претензії під час кримінального провадження, положення не передбачають виключень та особливого порядку для окремих злочинів. Тому навіть якщо під час судового розгляду справи стане відомо про завдання шкоди іншим особам чи такі особи приймуть рішення взяти активну участь у розгляді справи, можливість використання цього механізму для них буде втрачена.

Оцінюючи ефективність цього способу відшкодування завданої шкоди постраждалим від насильницьких зникнень, варто враховувати такі фактори як: чи є він реальним, а не лише теоретичним; чи є він доступним для відповідної особи; чи здатний відновити користування порушеним правом; чи забезпечує ефективність судового рішення¹⁷⁹. Враховуючи сукупність проблем, які виникають під час розслідування фактів насильницьких зникнень, вчинених в умовах збройного конфлікту на території України, важко назвати розгляд цивільного позову у межах кримінального процесу ефективним засобом для постраждалих осіб.

По-перше, потерпілі у кримінальних провадженнях можуть не отримувати відомостей щодо його руху та передачі справи на розгляд суду. Як слідство, так і прокуратура не налагоджує ефективну комунікацію з постраждалими особами. Через це постраждалі особи можуть пропустити строк на звернення до суду та втратити можливість використати цей механізм. У 2022 році у структурі Офісу Генерального прокурора було створено Координаційний центр підтримки потерпілих та свідків¹⁸⁰, серед завдань якого – забезпечення комплексного інформаційного супроводу на всіх етапах кримінального провадження¹⁸¹. Втім, поки що неможливо оцінити ефективність його роботи, оскільки активно функціонувати центр почав лише на початку 2024 року.

175 Стаття 127 / Кримінальний процесуальний кодекс України // Верховна рада України, № 4651-VI, 13.04.2012: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17/conv#n2078>.

176 Стаття 128 / Кримінальний процесуальний кодекс України // Верховна рада України, № 4651-VI, 13.04.2012: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17/conv#n2078>.

177 Стаття 128 / Кримінальний процесуальний кодекс України // Верховна рада України, № 4651-VI, 13.04.2012: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17/conv#n2078>.

178 Стаття 128 / Кримінальний процесуальний кодекс України // Верховна рада України, № 4651-VI, 13.04.2012: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17/conv#n2078>.

179 Report of the Special Rapporteur on the Independence of Judges and Lawyers // Human Rights Council, A/HRC/8/4, 13.05.2008: <http://daccess-ddsny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G08/134/14/PDF/G0813414.pdf?OpenElement>.

180 Про організацію роботи органів прокуратури з питань підтримки потерпілих і свідків воєнних та інших міжнародних злочинів / Наказ Генерального прокурора // Офіс Генерального прокурора, № 103, 11.04.2023: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0103905-23#Text>.

181 Стань частиною команди Координаційного центру підтримки потерпілих і свідків: оголошено набір на вакантні посади // Офіс Генерального прокурора, 27.06.2023: <https://www.gp.gov.ua/ua/posts/stan-castinoyu-komandi-koordinaciynogo-centru-pidtrimki-poterpilix-i-svidkiv-ogoloseno-nabir-na-vakantni-posadi>.

По-друге, самі розслідування злочинів, вчинених в умовах збройного конфлікту, є досить тривалими. Норми КПК України не обмежують правоохоронні органи у строках проведення розслідування. При цьому, більшість проваджень щодо фактів насильницьких зникнень не мають руху через те, що органи слідства обмежені у можливості збору доказів та не мають доступу до місця вчинення злочинів на окупованій території. Як наслідок, такі розслідування можуть тривати роками, що лише поглиблює страждання не тільки постраждалих осіб, а й членів їхніх сімей.

По-третє, перспектива виконання рішення суду про задоволення цивільного позову є досить низькою. Зокрема, станом на зараз 75 % кримінальних проваджень за фактами порушень законів та звичаїв війни здійснюються у порядку *in absentia*. Навіть винесення судом вироку та набуття ним законної сили не гарантує, що виконавця затримують і рішення суду буде реалізовано. В інших випадках, щодо справ, які розглядають проти реальних обвинувачених, стягнути з них компенсацію за завдану шкоду на практиці часом неможливо. На цей час суди розглядають тільки порушення, вчинені представниками РФ та їхніми агентами, які не мають майна у межах юрисдикції України, на яке може бути накладене стягнення.

Тим не менше, механізм відшкодування завданої шкоди потерпілим від насильницьких зникнень, вчинених в умовах збройного конфлікту на території України, через пред'явлення цивільного позову не варто відкидати як абсолютно неефективний. Незважаючи на проблеми з його реалізацією у межах української юрисдикції, таке рішення може мати значення для інших механізмів правосуддя. Наразі тривають дискусії щодо можливостей отримання компенсацій для постраждалих, але остаточних рішень, які б визначали підстави та розміри таких компенсацій чи їх обрахування, не було прийнято.

4.4. Інші компенсаційні механізми

З 2014 року триває пошук рішень, які дозволять забезпечити належну компенсацію постраждалим від наслідків збройного конфлікту на території України. У контексті подій у Криму та окремих районах у Донецькій і Луганській областях, з 2014 року не було ініціатив, які б отримали підтримку їх впровадження. Тому на практиці індивідуальні звернення постраждалих осіб до Європейського суду з прав людини стали способом заявити про вчинені порушення як Україною, так і РФ, та порушувати питання про можливе отримання компенсації завданої шкоди. Заяви щодо фактів насильницьких зникнень охоплювали статті 2 “Право на життя”, 3 “Заборона катування”, 5 “Право на свободу та особисту недоторканість” Європейської Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод¹⁸². Втім, після рішення ПАРЄ про виключення РФ з її складу¹⁸³ відкритим є питанням, яким чином будуть виконані рішення, винесені Судом.

Після повномасштабного вторгнення РФ на територію України дискусії щодо пошуку рішень активізувались. Найбільшим досягненням цих обговорень стало прийняття рішення про створення Реєстру збитків, завданих агресією Російської Федерації проти України, на виконання Резолюції Генеральної Асамблеї ООН від 14 листопа-

182 Конвенція про захист прав людини та основоположних свобод // Верховна рада України, 04.11.1950: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004#Text.

183 PACE President on Russia's exclusion from the Council of Europe: 'sad but necessary' // PACE, 16.03.2022: <https://pace.coe.int/en/news/8640/pace-president-on-russia-s-exclusion-from-the-council-of-europe-sad-but-necessary->.

да 2022 року¹⁸⁴. На Саміті глав держав та урядів Ради Європи, який відбувся у травні 2023 року, було погоджено загальні засади зі створення спеціального компенсаційного механізму для України та статут Реєстру¹⁸⁵.

Серед ключових моментів, які стосуються функціонування Реєстру збитків у частині захисту постраждалих від насильницьких зникнень, вчинених у контексті збройного конфлікту на території України, варто відзначити такі:

- Реєстр збиратиме факти порушень після 24 лютого 2022 року внаслідок збройної агресії РФ;
- порушення має бути вчинене у межах території України в її міжнародно-визначених кордонах, включаючи територіальні води;
- заявниками можуть бути, серед іншого фізичні особи;
- звернення можна направити особисто або через представника;
- заяви мають стосуватися завданих збитків, втрат чи шкоди¹⁸⁶.

Крім того, серед критеріїв прийнятності заяв для Реєстру було визначено такі категорії порушень: втрата життя, катування та сексуальне насильство, а також отримання тілесних ушкоджень; примусове переміщення та вимушене переселення осіб; втрата майна та доходів, а також інші форми економічних збитків; пошкодження критичної інфраструктури та інших державних об'єктів; пошкодження історичної та культурної спадщини; шкода навколишньому середовищу та інші¹⁸⁷. На зараз першою категорією постраждалих, від яких планують приймати заяви до реєстру, визначено тих, чиє житлове нерухоме майно було пошкоджене чи знищене¹⁸⁸.

На жаль, факти насильницьких зникнень поки що не потрапили до списку пріоритетних категорій порушень у Реєстрі збитків. Зважаючи на те, що його роботу тільки запускають та опублікований перелік критеріїв не є вичерпним, перспектива включення досліджуваних фактів залишається відкритою. Водночас шанс на подальший розгляд можливостей відшкодування завданої шкоди у межах компенсаційного механізму отримали тільки постраждалі після повномасштабного вторгнення РФ на територію України. Натомість жертви злочинів, які мали місце з 2014 року у Криму та на Донбасі, залишилися поза увагою.

184 Furtherance of remedy and reparation for aggression against Ukraine / Resolution // UN GA, A/RES/ES-11/5, 14.11.2022: https://rd4u.coe.int/documents/358068/372244/A_RES_ES-11_5.pdf/079afc90-b392-a0ab-43ad-41409c7e8aa4?t=1708702069853.

185 Про встановлення Розширеної часткової угоди про Реєстр збитків, завданих агресією Російської Федерації проти України / Резолюція // Комітет Міністрів Ради Європи, CM/Res(2023)3, 12.05.2023: <http://surl.li/rvaj>.
Рейк'явікська декларація // 4-й Саміт глав держав та урядів Ради Європи, 17.05.2023: <http://surl.li/rtzqp>.

186 Про встановлення Розширеної часткової угоди про Реєстр збитків, завданих агресією Російської Федерації проти України / резолюція // Комітет міністрів Ради Європи, CM/Res(2023)3, 12.05.2023: <http://surl.li/rvaj>.

187 Заяви та порядок подачі // Реєстр збитків для України: <https://rd4u.coe.int/uk/claims-and-process>.

188 Рада готується до відкриття подання заяв до Реєстру збитків для України // Реєстр збитків для України, 01.03.2024: <https://rd4u.coe.int/uk/-/the-board-prepares-for-the-opening-of-submission-of-claims-to-the-register-of-damage-for-ukraine-1>.

5 Очікування постраждалих від процесів правосуддя

За десять років збройного конфлікту, що досі триває, все ще не вирішено багато питань як і з побудови відносин із постраждалими особами від грубих порушень прав людини та найтяжчих міжнародних злочинів, так і щодо загальних підходів держави до подолання наслідків конфлікту та побудови відповідної внутрішньої політики. Як процеси відправлення правосуддя, так і рівень правового захисту та соціальної підтримки постраждалих осіб мають відповідати їхнім очікуванням. Зокрема, результати національних опитувань показують, що 75% населення вважають справедливе покарання воєнних злочинців пріоритетом під час правосуддя щодо воєнних злочинів, а 21% наголошують на важливості забезпечення компенсації постраждалим¹⁸⁹. Крім того, 59% опитаних заявляють про те, що нічого не знають про правову допомогу, яку надають органи правосуддя України жертвам воєнних злочинів¹⁹⁰.

Процес відправлення правосуддя є складним для постраждалих осіб. Механізми та правові процедури спрямовані, насамперед, на органи держави і є незрозумілими для потерпілих та свідків. Особливості правової кваліфікації діянь та їх вплив на хід процесу, особливості проведення окремих процесуальних дій, вимоги до залучення потерпілого та проведення множинних допитів створюють ризик для повторної травматизації особи, яка пережила або, як у випадку із сім'ями зниклих осіб, продовжує переживати негативний досвід.

Національним правом України закріплено право потерпілих брати участь в усіх етапах досудового та судового провадження, де їх визнано потерпілими або залучено як свідків. На жаль, підходи роботи органів правосуддя України сформовано таким чином, що представника потерпілого у провадженні часто сприймають і як адвоката захисту. На практиці участь представника дає можливість полегшити комунікацію між органами правосуддя та постраждалою особою, забезпечити ефективне інформування особи про хід провадження.

Попри це, потерпілі мають право на представництво на загальних засадах і за власний рахунок¹⁹¹. За національним правом держава встановлює пільги на первинну та вторинну правову допомогу (зокрема оплату гонорару адвоката, представника потерпілого, на досудовому та судовому етапах провадження) тільки для чітко ви-

189 Правовий захист постраждалих від воєнних злочинів росії // Рейтинг, 23-26.12.2022: https://ratinggroup.ua/files/ratinggroup/reg_files/rg_ukraine_justice_022023.pdf.

190 Правовий захист постраждалих від воєнних злочинів росії // Рейтинг, 23-26.12.2022: https://ratinggroup.ua/files/ratinggroup/reg_files/rg_ukraine_justice_022023.pdf.

191 Стаття 56 / Кримінальний процесуальний кодекс України // Верховна рада України, № 4651-VI, 13.04.2012: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17/conv#n2078>.

значеної категорії осіб, серед яких не передбачено осіб зі статусом жертв насильницьких зникнень¹⁹².

Розслідування значної кількості фактів, які пов'язані з наслідками збройного конфлікту на території України, як найтяжчих міжнародних злочинів потребує застосування на практиці відповідних стандартів. Через нерозуміння учасниками процесу застосування міжнародного права та стандартів, панує тенденція утримання фокусу на національному законодавстві, яке в багатьох моментах не ґрунтується на підходах, орієнтованих на потерпілих. Наприклад, проведення багаторазових допитів потерпілих, що зазвичай відбувається за ініціативою різних органів досудового розслідування; часта зміна слідчих та прокурорів у провадженні, кожен з яких починає комунікацію з потерпілим із самого початку; призначення судово-медичних експертів через тривалий час після події злочину.

Крім того, якість норм національного законодавства та неповна імплементація вимог Конвенції щодо дослідження фактів насильницьких зникнень створює ризик того, що частина вчинених злочинів може не отримати належного правосуддя. Наприклад, у випадку кваліфікації фактів насильницьких зникнень за статтями 115, 146, 146-1, 147 КК України, до яких застосовують строки давності, існує ризик того, що такі провадження будуть закриті та ніколи не отримають можливості судового розгляду. Найбільш актуальною ця проблема є для фактів зникнення осіб на окупованій території Криму, а також Донецької та Луганської областей, починаючи з лютого 2014 року. Провадження, які відкривали на початку збройного конфлікту у 2014 році та які не отримали кваліфікації за статтею 438 КК України, невдовзі мають закрити, оскільки строки таких розслідувань та притягнення винних до відповідальності наближаються до завершення. Тим самим право жертв на ефективний засіб правового захисту буде порушено.

Інша ситуація виникає при дослідженні фактів триваючого утримання представниками РФ цивільних осіб у місцях незаконного позбавлення волі без процесуального оформлення таких осіб і без забезпечення їм гарантій на ефективні засоби правового захисту. Результати розслідування таких фактів правоохоронними органами України фокусуються на підозрах та обвинувальних актах, винесених у порядку *in absentia*. Якість норм національного законодавства України та сформована практика викликає сумніви щодо того, чи є це ефективним засобом правового захисту. Винна особа перебуває на свободі і може навіть не усвідомлювати, що проти неї відкрито кримінальне провадження і що її можуть визнати винною. Жертви насильницьких зникнень у такій ситуації формально отримують факт визнання їх порушених прав і, можливо, рішення про певну компенсацію за спричинену їм шкоду, однак це не гарантує реального здійснення правосуддя та фактичної реалізації судового рішення: злочинець на свободі, рішення про відшкодування шкоди засуджений не виконує, а механізми для гарантування реалізації прав потерпілих відсутні.

Загальний контекст умов збройного конфлікту та розгляд справ у межах національної системи правосуддя створює виклик для об'єктивності та неупередженості цих процесів¹⁹³. Тривалий час серед населення України зберігається низький рівень довіри до системи правосуддя. Зокрема, серед факторів, які на думку опитаного населення впливають на ефективність роботи правоохоронної системи України, називають

192 Закон України "Про безоплатну правничу допомогу" // Верховна рада України, № 3460-VI, 02.06.2011: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3460-17#Text>.

193 Дослідження "Правосуддя за міжнародні злочини внаслідок агресії РФ: позиція суддів, ветеранів/ветеранок та запит населення України" // Коаліція "Україна. П'ята ранку", Інститут миру і порозуміння, Асоціація розвитку суддівського самоврядування України, Простір Можливостей та Соціологічна група Рейтинг, липень 2023: <http://surl.li/rtztx>

вають корупцію (59%), недовіру громадян до правоохоронців (29%), їхній непрофесіоналізм (24%) та тривале розслідування справ (21%). Водночас 65% опитаних вважають правоохоронну систему України ефективною у розслідуванні воєнних злочинів Росії. Схожий показник у судової системи (60%), а серед причин її неефективності називають корупцію (65%), недовіру громадян до судів (36%), тривалий розгляд справ (21%) та непрофесіоналізм суддів (15%)¹⁹⁴.

Незалежність та неупередженість органів слідства, прокуратури та суддів є гарантією того, що їхні рішення відповідатимуть міжнародним стандартам, зокрема що такі рішення забезпечать право на захист обвинуваченого, змагальність, рівні можливості для сторін надати суду свої докази. Належне досудове розслідування та судовий розгляд мінімізують ризики перегляду справи, її оскарження та скасування вироків у зв'язку з неналежним дослідженням доказів, упередженістю та неповнотою дослідження, а також встановленням у майбутньому можливих порушень прав людини Україною в ЄСПЛ.

Крім результатів кримінальних проваджень, після ратифікації Конвенції у підходах України до дослідження фактів насильницьких зникнень фактично втрачається колективний вимір права на встановлення істини. Розгляд кримінального провадження дозволяє реалізувати індивідуальне право знати правду про обставини насильницького зникнення та долю особи, а також можливість вільно шукати, одержувати та поширювати інформацію з цією метою. Потерпілі мають можливість взаємодіяти у цьому процесі через подання клопотань (наприклад, клопотання про ознайомлення з матеріалами справи або клопотання про проведення слідчих (розшукових) дій) або ж самостійно проводити пошук потрібної інформації з подальшим її долученням до матеріалів кримінального провадження. Втім, навантаження зі збору інформації в загальному вимірі, дослідження ситуації та виявлення проблемних питань із 2014 року фактично залишається у віданні міжнародних та неурядових організацій.

Ініційовані державою заходи зі збору інформації в реєстрі та створення різних уповноважених органів не враховують особливості фактів насильницьких зникнень. Особливі потреби постраждалих осіб, членів їх сімей та необхідність розробки механізму для встановлення місцезнаходження зниклих залишаються поза увагою з моменту ратифікації Конвенції. Починаючи з рішення про припинення дії двосторонніх договорів між Україною та РФ, не було віднайдено можливостей для побудови діалогу між сторонами щодо вирішення питань, пов'язаних із захистом постраждалих від збройного конфлікту. Відповідно всі питання щодо пошуку та встановлення місцезнаходження зниклих осіб та їхньої долі, їх звільнення та повернення на підконтрольну територію України, передачі останків у випадках смерті зниклої особи є предметом переговорного процесу між сторонами збройного конфлікту, на який впливають різні чинники (політичні, економічні, військові). Такий процес є тривалим, нестабільним і на практиці демонструє нехтування з боку РФ нормами міжнародного права. Зокрема, РФ не допускає на окуповані нею території представників незалежних гуманітарних та моніторингових місій (наприклад, МКЧХ, органи ООН), які можуть стати посередником між сторонами і свідчити про реальну гуманітарну ситуацію на місцях, фіксувати дотримання прав захищених осіб на окупованих територіях.

Також найбільшим проблемним питанням для України залишаються факти насильницьких зникнень, вчинені на підконтрольній Україні території. Не заперечуючи важливості притягнення РФ до відповідальності за порушення, вчинені в умовах

¹⁹⁴ Ukrainian Legal Advisory Group та Соціологічна група Рейтинг провели національне опитування (опубліковане наприкінці лютого 2023, проведене наприкінці грудня 2022, опитано 2000 осіб): https://ratinggroup.ua/research/ukraine/pravoviy_zahist_postrazhdalih_v_d_vo_nnih_zlochyn_v_ros_23-26_grudnya_2022.html.

збройного конфлікту, питання інших грубих порушень прав людини не має залишатися поза увагою. Якщо різні механізми правосуддя та їх пріоритети фокусуються на відповідальності РФ та її агентів, Україна, зі свого боку, має гарантувати дотримання прав людини для всіх осіб, які перебувають під її контролем.

Для постраждалих від насильницьких зникнень активна позиція України в цих питаннях, обговорення ініціатив та пропозицій, спрямованих на захист їхніх прав, має стати проявом тієї уваги, якої не вистачало всі десяти років збройного конфлікту. Такий підхід дозволить почути голос постраждалих та привернути увагу до питання насильницьких зникнень.

Висновки та рекомендації

Ратифікація Конвенції про захист усіх осіб від насильницьких зникнень поклала на Україну обов'язок привести національне законодавство у відповідність до вимог міжнародного права. Незважаючи на прийняті рішення, практика дослідження фактів насильницьких зникнень на національному рівні містить проблемні питання, які слід вирішити. Крім того, виклики, зумовлені збройним конфліктом, що триває на території України, з одного боку, розширюють коло гарантій захисту, яких потребують постраждалі від насильницьких зникнень, а з іншого – увиразнюють необхідність імплементації положень міжнародного гуманітарного права та міжнародного кримінального права до законодавства України.

Результати дослідження дозволили ідентифікувати низку проблемних питань, пов'язаних із захистом постраждалих від насильницьких зникнень в Україні. Як показав аналіз, ключову роль у ефективності правозастосовчої практики відіграє якість відповідного законодавства, що регулює правові механізми, доступні для постраждалих від насильницьких зникнень, як у кримінальному аспекті, так і соціально-правовому. Враховуючи це, автори звіту сформували перелік рекомендацій:

1. внести зміни до статті 146-1 Кримінального кодексу України, які дозволять гарантувати відповідну тяжкість кримінального правопорушення та передбачати спеціальні обставини, котрі обтяжують та пом'якшують покарання при притягненні до відповідальності за вчинення насильницьких зникнень;
2. передбачити у положеннях статті 49 Кримінального кодексу України незастосування строків давності притягнення до кримінальної відповідальності за вчинення насильницьких зникнень, які кваліфікують за статтею 146-1 КК України, враховуючи стандарти міжнародного права;
3. включити злочини проти людяності до діянь, криміналізованих за Кримінальним кодексом України, відповідно до загальноприйнятих норм міжнародного права;
4. внести зміни до положень Кримінального процесуального кодексу України, які врегульовують процедуру проведення спеціального досудового розслідування та судового розгляду справи за відсутності обвинуваченого (*in absentia*), відповідно до вимог дотримання права на справедливий розгляд справи. Зокрема, щодо належного повідомлення підозрюваного/обвинуваченого про кримінальне провадження, можливості здійснення перегляду судових рішень;
5. закріпити у статті 216 Кримінального процесуального кодексу України за слідчими Національної поліції України додаткову підслідність щодо кримінальних правопорушень за статтею 438 Кримінального кодексу України;
6. привести положення Кримінального процесуального кодексу України, які визначають порядок збору доказів, у відповідність до вимог міжнародного кримінального права при розслідуванні фактів вчинення найтяжчих міжнародних злочинів;
7. привести у відповідність до положень Конвенції розуміння постраждалих від насильницьких зникнень за національним законодавством України;
8. внести зміни до методики проведення ДНК-експертиз у межах кримінальних проваджень та передбачити можливість використання нових технологічних засобів і їх результатів.



«Україна. П'ята ранку»

Коаліція правозахисних організацій, які збирають докази та документують військові злочини і злочини проти людяності, вчинені в ході російської збройної агресії в Україні

